

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.  
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN.

*“PROPUESTA DE REFORMA A LOS ARTÍCULOS 89 FRACCIÓN X, 104, 105,  
120 Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS  
MEXICANOS EN LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES.”*

LICENCIADO EN DERECHO

*José Alfredo Hernández Sanvicente.*

*Acatlán, Estado de México noviembre de 2006.*



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIAS.

*Antes que todo y después de ello: Gracias a DIOS, mi alfa y omega, mi principio y fin.*

A la UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, frondoso árbol cuya savia he mamado hasta extasiarme del conocimiento que en ella se alberga, porque finalmente no es buen maestro el que da su cátedra al aire, sino el que hace que el alumno se exprese, ansí el conocimiento, labor con la que nuestra *alma mater* cumple holgadamente.

A la Preparatoria 9 "Pedro de Alba", por haberme admitido en sus aulas, por tener la dicha de llamarme preparatoriano, por inculcar ese amor hacia la máxima casa de estudios hecha así por sus alumnos, no somos un mero nombre, somos la Universidad. Porque, como dijo el Rector Ignacio Chávez en la inauguración de esta preparatoria: *"La Escuela Nacional Preparatoria seguirá siendo la recia columna vertebral de la Universidad, igual que nuestra Casa de Estudios, seguirá siendo la base y el soporte mayor de la cultura patria"*.

AL SÍNODO QUE LA UNIVERSIDAD Y LA FES ACATLÁN HAN TENIDO A BIEN DESIGNAR PARA LA SUSTENTACIÓN DE ESTE TRABAJO DE TESIS. MIL GRACIAS.

Lic. Alicia Lara Olivares, Lic. Alfredo Pérez Montaña, Lic. Bonifacio Arturo Sánchez Martínez, Lic. Luís Gustavo Vela Sánchez, Lic. Martín García Martínez. Por sus valiosos comentarios en la revisión del presente trabajo de tesis y por su participación en el escrutinio final del mismo: MIL GRACIAS.

Maestra María Teresa Rodríguez Alonso, su cátedra es del todo inspiradora para éste que no dejará de admirarla por el empeño que pone en la docencia.

Licenciado Cesar Octavio Irigoyen Urdapilleta, porque es por usted que me desenvuelvo feliz en el área del derecho administrativo y, particularmente, del derecho fiscal.

Licenciado Alonso Bustillos de Cima, quien me ha impulsado en el ámbito profesional en gran manera y a quien debo, por su amplia biblioteca, poco menos de la mitad de la bibliografía que conforma este trabajo de tesis.

Doy gracias a mis padres quienes me dieron la vida, quienes hicieron las cosas por enseñarme que es posible vivir de una manera diferente, mejor.

A mi Papá y a May.

Quienes día con día me han enseñado que lo hecho finalmente será, ha sido y es por mi bien o mi mal, que somos los dueños de nuestro ser, que no prevariquemos en el camino y que el esfuerzo siempre tiene su galardón y que ahí a donde llegue, no importa que tan alto sea, mi papá siempre será piedra angular de ese esfuerzo compartido.

A mis hermanos de sangre: Hugo David y Rosario Iraís.

La vida tiene muchas aristas, el camino fácil se ve más atractivo y mejor, pero a la larga es todo lo contrario. Iraís te amo, te amo, la luz de tus ojos ilumina mi rostro cada mañana y al anochecer, que este trabajo sea una muestra de lo que se puede llegar a hacer cuando se quiere y que sirva de inspiración para lo que elijas ser en la vida.

A mi familia.

Pues todo lo que viví por ellos bueno y malo me ha dejado una enseñanza en la vida que he podido aplicar conforme al momento que me toca vivir.

Carolina. Tu hermoso ser llegó justo en el momento, no antes, no después, así sin querer me enseñaste algo que me negaba a reconocer y me has dado la oportunidad de cumplir lo que tanto pedí. Doy gracias a DIOS por tu vida y la de tu familia, Sra. Catalina González Mondragón, Ana Ruth Mancilla González, Miguel Ángel Mancilla González y Jesús Manuel Mancilla González.

A mis hermanos.

Si, a ustedes, los quiero, son en verdad esa familia que se elige porque se le quiere, va en orden alfabético y primero las damas: Abigail, Araceli, Denisse, Evelina, Esdena, Isabel, Jazmín, Lizbeth, Marisol, Melissa, Mitzi, Rosario, Tania, Viviana, Wendy, Armando, Carlos, Christiam, Filiberto, Genaro, Jesús, José de Jesús.

A mis amigos.

Porque han perdurado desde hace años ya y porque hay otros que aunque apenas nos hemos conocido se dieron cuenta que la imagen de fuera es sólo para alejar al que no pretende una amistad sino la mera conveniencia.

A las hermosas familias que he conocido por mis amigos: familia Andrade Rodríguez, familia Hernández Ortiz, familia Ramírez Pichardo, familia Durán Cabañas, familia Alanís Cervantes, familia Escobedo Pedraza, gracias por permitirme la entrada a su casa y compartir con un servidor los momentos que me han hecho conocer a personas tan únicas y especiales.

A la gente que de una u otra manera ha estado ahí, que han impulsado, que han fomentado, pues de todos he aprendido algo, porque por ustedes también soy una persona mejor.

Y, finalmente, a DIOS.

Entonces el suegro de Moisés le dijo:

-No está bien lo que haces. Te agotarás del todo, tú y también este pueblo que está contigo. El trabajo es demasiado pesado para ti; no podrás hacerlo tú solo. Ahora pues, escúchame; yo te aconsejaré, y Dios estará contigo. Sé tú el portavoz del pueblo delante de Dios, y lleva los asuntos a Dios. Enséñales las leyes y las instrucciones, y muéstrales el camino a seguir y lo que han de hacer. Pero selecciona de entre todo el pueblo a hombres capaces, temerosos de Dios, hombres íntegros que aborrezcan las ganancias deshonestas, y ponlos al frente de ellos como jefes de mil, de cien, de cincuenta y de diez, para que juzguen al pueblo en todo tiempo. Todo asunto difícil lo traerán a ti, pero ellos juzgarán todo asunto menor. Así aliviarás la carga que hay sobre ti, haciendo que otros la compartan contigo. Si haces esto, y Dios así te lo manda, tú podrás resistir; y también todo este pueblo irá en paz a su lugar.

Éxodo 18: 17-23.

“...el siglo XX fue el siglo de los grandes avances científicos y técnicos, pero su resultado desafortunadamente ha sido esa sociedad enfrentada y polémica de los que gozan los grandes beneficios y los que siguen marginados de ellos; esto tiene que arreglarse en el siglo XXI, por ello, yo quisiera que si se convencen de la importancia del derecho, se convenzan también de que el siglo XXI debe de ser el siglo de las ciencias sociales y dentro de ellas, especialmente, de la ciencia jurídica. Que maravilloso tener todos esos adelantos para vivir tan bien como nunca se había alcanzado, pero que maravilloso será que si el derecho se convierte en la gran disciplina del siglo XXI, consigamos que esa forma de vida, más humana, más digna, la puedan tener todos los componentes de la comunidad y a ello contribuiría el que ustedes se convenzan de estas ideas y de que se comprometan en su realización a través del trabajo específico que realicen en el campo jurídico.”

Discurso de clausura del Ministro Mariano Azuela Huitrón al Primer Seminario sobre Derecho Procesal Constitucional.

**PROPUESTA DE REFORMA A LOS ARTÍCULOS 89 FRACCIÓN X, 104, 105, 120 Y 133 DE LA  
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN LA CELEBRACIÓN DE  
TRATADOS INTERNACIONALES.**

<b>INTRODUCCIÓN.</b>	<b>p. 1.</b>
<b>1. ANTECEDENTES EN LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN MEXICO.</b>	<b>p. 6.</b>
1.1. LA CONSTITUCIÓN DE 1824.	p. 6.
1.2. LAS SIETE LEYES CONSTITUCIONALES DE 1836.	p. 8.
1.3. BASES ORGÁNICAS DE LA REPÚBLICA MEXICANA.	p. 10.
1.4. EL CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1847.	p. 12.
1.5. LA CONSTITUCIÓN DE 1857.	p. 16.
1.6. LA CONSTITUCIÓN DE 1917.	p. 19.
1.7. LA EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917.	p. 23.
1.8. LAS FACULTADES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LA ACTUALIDAD EN MATERIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES Y ACTOS DE AUTORIDAD..	p. 26.
1.8.1. EL JUICIO DE AMPARO.	p. 28.
1.8.2. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.	p. 34.
1.8.3. LA CONTROVERSI A CONSTITUCIONAL.	p. 38.
1.8.4. LAS FACULTADES DE INVESTIGACIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.	p. 40.
1.9. LA INTERPRETACIÓN DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN EN MATERIA DE TRATADOS INTERNACIONALES.	p. 43.
1.9.1. CRITERIOS DE JERARQUIZACIÓN IGUALITARIA ENTRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LAS LEYES FEDERALES.	p. 45.
1.9.2. CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE JERARQUIZACIÓN SUPERIOR DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES RESPECTO DE LAS LEYES FEDERALES.	p. 50.
<b>2. PROCEDIMIENTO ACTUAL DE CELEBRACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN MÉXICO.</b>	<b>p. 55.</b>
2.1. REGLAS DE RECEPCIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO. (EL CONTROL PREVIO)	p. 55.
2.1.1. FUNCIONES DEL PODER EJECUTIVO.	p. 56.

2.1.1.1. FACULTAD EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE Y LA PARTICIPACIÓN DEL SECRETARIO DE RELACIONES EXTERIORES. . . . .	p. 56.
2.1.2. FUNCIONES DEL PODER LEGISLATIVO. . . . .	p. 61.
2.1.2.1. FACULTAD EXCLUSIVA DEL SENADO EN LA APROBACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES. . . . .	p. 63.
2.2. LA REGULACIÓN EN MATERIA DE CELEBRACIÓN DE TRATADOS EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO: LA LEY SOBRE CELEBRACIÓN DE TRATADOS Y LA LEY SOBRE LA APROBACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA ECONÓMICA. . . . .	p. 66.
2.2.1. LEY SOBRE CELEBRACIÓN DE TRATADOS. . . . .	p. 66.
2.2.2. LA LEY SOBRE LA APROBACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA ECONÓMICA. . . . .	p. 68.
<b>3. EL DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE CELEBRACIÓN DE TRATADOS: CONTROL DE INSERCIÓN Y JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.</b>	<b>p. 71.</b>
3.1. MODALIDADES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO. . . . .	p. 71.
3.2. LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE CELEBRACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES. . . . .	p. 75.
3.3. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD EN EUROPA. . . . .	p. 78.
3.3.1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL KELSENIANO –AUSTRIA-. . . . .	p. 82.
3.3.2. EL CASO ESPAÑOL. . . . .	p. 86.
3.3.2.1. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. . . . .	p. 88.
3.3.2.2. EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS. . . . .	p. 89.
3.3.2.3. LA CUESTIÓN Y LA AUTOCUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD. . . . .	p. 90.
3.3.3. EL CASO FRANCÉS. . . . .	p. 91.
3.3.3.1. EL CONTROL DE LOS ACTOS DE DERECHO INTERNACIONAL. . . . .	p. 95.
3.3.3.2. EL BLOQUE O PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD. . . . .	p. 95.
3.3.3.3. LOS TIPOS DE DECISIONES. . . . .	p. 96.
3.3.4. EL CASO ALEMÁN. . . . .	p. 96.
3.3.4.1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS POR PARTE DEL BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. . . . .	p. 98.

3.3.5. LA UNIÓN EUROPEA. . . . .	p. 101.
3.3.5.1. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. . . . .	p. 102.
3.3.5.2. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. . . . .	p. 103.
3.4. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. . . . .	p. 105.
3.4.1. EL CASO MARBURY VS MADISON. . . . .	p. 107.
3.5. LA EXISTENCIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA. . . . .	p. 111.
3.5.1. CHILE. . . . .	p. 113.
3.5.1.1. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 80 DE LA CONSTITUCIÓN CHILENA. . . . .	p. 117.
3.5.1.2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO COMO ÓRGANO CONTRALOR EN LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES. . . . .	p. 118.
3.5.2. GUATEMALA. . . . .	p. 119.
3.5.2.1. COMPETENCIAS DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD GUATEMALTECA. . . . .	p. 121.
3.5.2.1.1. LA ACCIÓN POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDAD. . . . .	p. 122.
3.5.2.1.2. LA ACCIÓN DE AMPARO GUATEMALTECO. . . . .	p. 123.
3.5.2.1.3. LAS OPINIONES CONSULTIVAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS, CONVENIOS Y PROYECTOS DE LEY. . . . .	p. 124.
3.5.2.1.4. OTRAS FACULTADES RELEVANTES DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD GUATEMALTECA. . . . .	p. 125.
3.5.3. ECUADOR. . . . .	p. 126.
3.5.3.1. LA NATURALEZA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ECUATORIANO. . . . .	p. 127.
3.5.3.1.1. INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL. . . . .	p. 127.
3.5.3.2. COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. . . . .	p. 130.
3.5.3.2.1. CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD. . . . .	p. 130.
3.5.3.2.2. CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. . . . .	p. 130.
3.5.3.2.3. EL CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD. . . . .	p. 130.
3.5.3.2.4. LOS INSTITUTOS DE AMPARO Y HABEAS CORPUS ECUATORIANOS. . . . .	p. 131.

<b>4. PROPUESTA DE REFORMA A LOS ARTÍCULOS 89 FRACCIÓN X, 104, 105, 120 Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.</b>	<b>p. 133.</b>
4.1. REFORMA AL ARTÍCULO 89, FRACCIÓN X CONSTITUCIONAL.	p. 133.
4.1.1. MARCO TEÓRICO.	p. 134.
4.1.2. PROPUESTA DE REFORMA.	p. 136.
4.2. REFORMA AL ARTÍCULO 104, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL.	p. 137.
4.2.1. MARCO TEÓRICO.	p. 138.
4.2.2. PROPUESTA DE REFORMA.	p. 138.
4.3. REFORMA AL ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL.	p. 139.
4.3.1. MARCO TEÓRICO.	p. 139.
4.3.2. PROPUESTA DE REFORMA.	p. 141.
4.4. REFORMA AL ARTÍCULO 120 CONSTITUCIONAL.	p. 143.
4.4.1. MARCO TEÓRICO.	p. 143.
4.4.2. PROPUESTA DE REFORMA.	p. 144.
4.5. REFORMA AL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.	p. 145.
4.5.1. MARCO TEÓRICO.	p. 145.
4.5.2. PROPUESTA DE REFORMA.	p. 146.
<b>CONCLUSIONES.</b>	<b>p. 148.</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.</b>	<b>p. 150.</b>
<b>LEGISLACIÓN.</b>	<b>p. 152.</b>
<b>PÁGINAS DE INTERNET.</b>	<b>p. 153.</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.</b>	<b>p. 154.</b>

# PROPUESTA DE REFORMA A LOS ARTÍCULOS 89 FRACCIÓN X, 104, 105, 120 Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES.

## INTRODUCCIÓN.

Nuestra Constitución, si bien es la manifestación política de los ideales del pueblo mexicano, o como mejor la llamara el prócer de la Nación José María Morelos y Pavón, la expresión de “los Sentimientos de la Nación”, es de igual manera, en virtud de tales ideales, la Ley Máxima de toda la Unión Mexicana, nuestra norma fundamental, la Carta Magna Mexicana, en fin, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) le han sido asignados un sin fin de apelativos que denotan la superioridad con la que el pueblo y aún los órganos del Estado, observan, o deben observar, a la Constitución y las disposiciones que ésta contiene.

El tema de la defensa de la Constitución, ha sido una constante en los últimos años y en los diferentes países del orbe en aras de la consecución del Estado de Derecho, así, la Constitución representa hacia el interior, la norma suprema con base en la cual habrán de conducirse las autoridades, mientras que hacia el exterior, es la carta de presentación del Estado mexicano que expone en ella la forma en que habrá de conducirse, garantizando y obligándose al respeto de la misma.

En esta tesitura, la defensa de la Constitución ha encontrado apoyo en diversos ámbitos, de entre los cuales podemos hablar desde la doctrina, hasta el entorno jurídico-político e internacional.

Bien decía Ferdinand Lasalle al referirse a los principios conforme a los cuales las constituciones se han vuelto cada vez más rígidas al señalar:

“cuando el pueblo escucha que se va a modificar una ley, dicha situación le es indiferente, claro está el hecho de que todos los días se 3modifican leyes, el procedimiento por lo tanto es un tanto cuanto más simple que para modificar a la Constitución, pero, ¿porqué es esto?, la gente de igual manera cuando escucha que se ha de modificar la Constitución entonces si levanta la voz y dice: dejar en paz a la Constitución, no se metan con ella”,<sup>1</sup>

Así pues, claro está el hecho de que nuestra Ley Máxima representa al mismo tiempo, las normas mínimas sobre las cuales las autoridades del Estado han de conducirse, y los ciudadanos han de lograr su pleno desarrollo.

En efecto, la necesidad de la defensa del texto constitucional, se deriva del necesario respeto en cuanto a los principios en el contenidos, base de la organización del Estado Federal Mexicano, pues de nada serviría un texto constitucional que funcionara como simple artículo ornamental si ni siquiera el propio país es capaz de respetar el mismo, por virtud de lo cual, se hace igualmente necesaria la existencia de un órgano encargado precisamente de la defensa de la Constitución, y a este respecto, tomando en cuenta la teoría de los tres poderes en que se sustenta la nación mexicana, así como las más recientes reformas que en materia control constitucional han sido emitidas a favor de la Suprema

---

<sup>1</sup> LASALLE, Ferdinand. ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN?, Editorial Colofón, 4ª ed. México, 1992. p. 38.

Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en aras de llevar a cabo las funciones de tribunal constitucional a la usanza europea, es que se reconoce el hecho de que la función de defensa de la Constitución es consagrable al máximo tribunal de la nación.

Reconocido es el hecho de que la Nación mexicana al constituirse por una diversidad de personas llamados pueblo, fue fundada con base en la primigenia soberanía de éste; sin embargo, la necesidad en el establecimiento de un gobierno, provocó que el pueblo ideara la creación de órganos integrantes de dicho gobierno que se encargaran de la administración del Estado, mismos que conforme a la práctica continental, debían verse sujetos a un documento en el que se plasmaran las bases mínimas de acción de dichos órganos del Estado.

Para tal efecto, el constituyente originario planeó la implementación de un sistema conforme al cual los gobernados fuesen protegidos de la actuación del estado, evolucionando posteriormente en la consolidación del sistema federal, al proteger a las entidades federativas de las actuaciones de la federación y viceversa, sistema que derivaría en la existencia de lo que llamamos Constitución.

Así las cosas, encontramos en la Constitución una serie de normas que pretenden proteger a los entes señalados en la misma (gobernados, entidades federativas, e inclusive al Estado de sí mismo) de la actuación del Estado en la que éste llegare a violentar el orden constitucional, pero, es aquí en donde nace el primer planteamiento del tema de tesis que nos ocupa ¿quién protege entonces a la Constitución? o, aún antes de ello, ¿de qué manera se defiende la Constitución a sí misma?, indudablemente las afirmaciones empiezan a surgir al realizar la lectura de estos cuestionamientos, *“el juicio de amparo protege a la Constitución, pues protege el ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados”, “la controversia constitucional protege a la Constitución pues mediante ésta se delimitan las competencias de los entes públicos según el ámbito de poder en el que éstos se desenvuelven”, “la acción de inconstitucionalidad de leyes protege a la Constitución porque mediante ésta se procura que la Constitución prevalezca por encima de cualquier norma contraria a ella”*; afirmaciones ante las cuales tendremos que responder asintiendo en la propia voluntad; sin embargo, esta aceptación no es absoluta, existen aún resquicios en los que estas formas de protección de la Constitución resultan insuficientes, bien podemos retomar en este punto la opinión del ciudadano Ministro de la SCJN Juventino V. Castro, referente a que inclusive en la reforma constitucional de fines de 1994 “se plasmaron algunas de las tendencias -no todas-, para fortalecer al Poder Judicial Federal de nuestro país...”<sup>2</sup>, y es en este punto en el que procedo a señalar uno de los dispositivos que aún están fuera del control de la Corte y respecto de los cuales se hizo referencia en el primer párrafo de este módulo introductorio: LOS TRATADOS INTERNACIONALES. Éstos no son a la fecha controlados jurídica, y aún más importante, constitucionalmente, por órgano jurisdiccional alguno, pues la propia Carta Magna establece un procedimiento en el que si bien se señala que sólo se permitirá la celebración de tratados que estén de acuerdo con la misma, no se establece un procedimiento de revisión precisamente a este respecto, siendo las leyes que se han expedido en la materia, meras enumeraciones de requisitos formales con que se ha de cumplir en la celebración de tratados internacionales y esto es así, en virtud de que aún y cuando no se respetare la normatividad aplicable en materia de tratados, salvo la constitucional, la Nación mexicana no podría inaplicar dichos dispositivos internacionales, por virtud de los dispositivos internacionales a los cuales si nos vemos sujetos, por virtud de lo dispuesto por la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados. (Infra §3.2.)

<sup>2</sup> CASTRO Juventino V. EL ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL, Editorial Porrúa, 5ª. ed. México, 2004, p. 1.

No pasan desapercibidas para este sustentante las teorías de los clásicos del derecho como Carl Schmitt, quien defendía la necesidad de que el órgano tutelar de las normas constitucionales fuera de carácter político, mismo que Schmitt centraba en el Presidente del *Reich*, toda vez que de acuerdo con la teoría del tratadista alemán, la idea de conferir estas facultades a los tribunales ordinarios, representaría una judicialización de la política o pero aún, una politización de la justicia.<sup>3</sup>

Al respecto de la opinión de Schmitt, la historia es por demás ilustrativa, la llegada de Hitler al Reich, nos muestra el establecimiento de un régimen autoritario en el que el Presidente tenía el encargo no de defender, si no de interpretar la Constitución a su manera y conforme a las circunstancias imperantes en el momento del ascenso al poder de este personaje.

Por otro lado, encontramos las propuestas de Hans Kelsen, quien promovió el establecimiento del Tribunal Constitucional austriaco, como órgano encargado de la defensa de las normas fundamentales, mismo que no debía tener otra función que defender primordialmente a la Constitución, es decir, la cualidad de órgano jurisdiccional común, no es acorde con este clase de tribunal, fungiendo más como un legislador negativo en virtud de los efectos que tendrían las sentencias dictadas por éste *–erga omnes–*.

Así las cosas, los sistemas de mérito, encontraron aplicación en la práctica constitucional mundial, pues inclusive el modelo de Kelsen se instauraría, además de su patria, en países como Checoslovaquia (1920); España (1931); Italia (1948); República Federal de Alemania (1949); Yugoslavia (1963-1974); Portugal (1976-1982); España (1978); Turquía (1952-1961-1982); Bélgica (1980-1989), así como el Consejo Constitucional Francés.

En años recientes, el sistema europeo de protección de la Constitución ha tenido una evolución hacia el sistema propuesto por Hans Kelsen, así, tenemos que diversos países de Europa del Este, a partir de 1989 (caída del modelo soviético), instauraron diversos tribunales o cortes constitucionales, por medio de reformas a sus cartas supremas o inclusive la emisión de nuevas constituciones, países como Polonia (1982-1986, y en la actualidad en su nueva Constitución de 1997); Hungría (1989); Croacia (1990); Bulgaria, Eslovenia y Rumania (1991); Albania, República Checa, Eslovaquia, Estonia, Lituania, Macedonia y Yugoslavia (1992); Moldavia (1994); Bosnia Herzegovina (1995); y por último Letonia (1996).

De esta guisa, encontramos que el sistema aplicado por los países europeos ha ocasionado una inercia constitucionalista en pro del otorgamiento de este tipo de poderes a cortes constitucionales o consejos encargados precisamente de la defensa de la Constitución.

Esta tendencia, en un principio, no fue seguida en América, la que se conformó con establecer un sistema de protección de constitucionalidad consagrado al poder judicial pero con los trillados principios de relatividad y agravio personal y único, sin embargo, en los últimos tiempos tenemos que países como Chile con su tribunal constitucional, Guatemala, Perú, Colombia, Bolivia y Ecuador, han establecido órganos encargados del análisis de constitucionalidad de los diversos actos a efecto de que ni interior ni exteriormente, se puedan celebrar actos que tiendan a vulnerar la soberanía de la propia Constitución, aunadas a los anteriores, las salas constitucionales autónomas, pero que se sitúan en el seno de los tribunales supremos como lo son los de El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua y Venezuela.

---

<sup>3</sup> SCHMITT, Carl, LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, Editorial Labor, Barcelona, 1931.

Y precisamente respecto de este último punto, es de enfatizarse la soberanía de la Constitución defendida por diversos autores, entre ellos Hans Kelsen, de donde se apetece un tanto cuanto inconcebible, que entre los órganos de poder no haya uno que se encargue de la vigilancia no a posteriori, como la conocemos actualmente, sino inclusive con antelación a la emisión de dispositivos que pueden llevar en sí mismos la semilla de contravención a nuestro orden constitucional.

De esta manera, podemos válidamente señalar que la defensa integral de la Constitución, es un tema que dista mucho de ser novedoso, pues por el contrario, es nuestro país (después de los integrantes del continente Africano con excepción de Sudáfrica) uno de los pocos que no gozan de un sistema de control de constitucionalidad de los actos ejecutados por los órganos de poder del Estado. Es por esta situación que resulta trascendental la propuesta que se viene a hacer en el presente trabajo de tesis a fin de que, por lo menos en el área de celebración de tratados internacionales como principio, sea la SCJN la que se encargue de la revisión y análisis de estos instrumentos a fin de que el Estado Mexicano no celebre acuerdos que vayan en contra de su propia identidad como país, identidad que se ve reflejada en la CPEUM.

En esta virtud, tomando en cuenta el real posicionamiento de México en el ámbito global, debemos de señalar que no es desde la perspectiva del derecho internacional en donde lograremos los mejores avances para la *praxis* jurídica de nuestro país, es por tanto nuestro deber apoyar la implementación de medidas efectivas que nos permitan en primer lugar, replantear la aplicación y alcances del derecho internacional en nuestro país, para que posteriormente podamos proponer hacia el exterior los cambios necesarios que beneficien a todos por igual, la implementación de un orden jurídico común no parece lejana y es por ese hecho que nuestro país debe de estar preparado para enfrentar ese momento estableciendo un mecanismo efectivo de recepción y control de los tratados internacionales (fuente fundamental del derecho internacional) a efecto de que éstos sean plenamente analizados en su celebración y alcances de las disposiciones que en ellos se contienen, en virtud de los mayores compromisos y obligaciones que se tienen ante la ostensible complejidad que revisten los tratados internacionales, lo que hace necesario que los poderes de la unión asuman su responsabilidad en la celebración de los mencionados acuerdos internacionales.

Es por lo anterior que la implementación de vías jurídicas que establezcan el modo de recepción de las normas convencionales de carácter internacional en el derecho interno, es una cuestión de gran importancia, pues en la actualidad podemos ver que la dualidad entre el derecho interno y el internacional empieza a extinguirse en favor del segundo, estamos comenzando a ver la unidad de ambos derechos con tendencias extincionistas de los sistemas locales de regulación legal, la primacía del derecho internacional sobre los regímenes internos en materias como derechos humanos y comercio, representa una necesidad de regulación y conocimiento de los acuerdos internacionales en la que México ocupa uno de los últimos lugares del mundo democrático. A esto se suma la necesaria interacción provocada por la globalización mundial.

Couture, hace muchos años decía que Francia y España ordenaron sus Constituciones mirando hacia el futuro y su procedimiento mirando hacia el pasado. Hoy, es tiempo de que el proceso se sincronice y se adapte a la Constitución para que marche también hacia el futuro, y esa es una responsabilidad que no sólo atañe a la ciencia, sino al legislador y al juez, ya que en palabras de

Couture, "...la Constitución vive en tanto se aplica por los jueces; cuando ellos desfallecen ya no existe más"<sup>4</sup>.

El juez del Estado de Derecho contemporáneo, como principal guardián de la Constitución, además de resolver cuando corresponda conflictos o disputas de relevancia jurídica entre particulares, y de controlar a los demás jueces en la correcta interpretación de la Ley mediante el juicio de amparo, así como a la administración del estado, también se constituye en árbitro supremo del sistema político constitucional, lo que se traduce en que deviene en el máximo contralor del Estado de Derecho, vigilando no sólo a los demás jueces y a la Administración, sino también al legislador.

El control de constitucionalidad de la ley no es más que la garantía instrumental del principio de supremacía de la Constitución, garantía a la que nuestros legisladores, así como el constituyente permanente, no han querido dar una real aplicación por temores medievales e infundados para el contexto sociopolítico y jurídico en el que actualmente nos desenvolvemos, pues claro es el hecho de que el miedo a los jueces como instrumentos del poder que se viene arrastrando desde la revolución francesa, es en gran parte, la razón de que en países como el nuestro se deje al principio de Supremacía de la Constitución como un mero artículo ornamental que sólo beneficia al que tiene los medios o la sagacidad en el planteamiento de un determinado asunto, y no así, al grueso de la población mexicana, como se supone que debía de ser.

Este principio comporta situar a la Constitución como la primera y la fuente matriz de todas las normas, "lex superior -como dice García de Enterría- aquélla que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema".<sup>5</sup>

El estudio en nuestro país al respecto del conflicto entre derecho federal y derecho internacional, no ha sido tratado de manera suficiente, siendo uno de los únicos datos con que se cuenta el hecho de que el constituyente originario hizo al efecto una copia del artículo VI, inciso 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América, cuestión que se ha visto desarrollada de manera muy diferente en el entorno internacional, pues mientras los Estados Unidos han evolucionado casuísticamente la interpretación de su numeral constitucional, el sistema legal mexicano se ha estancado, salvo la reforma de 1934, en la significación original del artículo 133 de nuestra Constitución.

Es en este punto en donde nacen preguntas como ¿cuándo un tratado internacional está de acuerdo con la Constitución?, ¿qué órgano se encarga de dilucidar esta controversia?, ¿qué efectos tiene la celebración del tratado internacional en nuestra propia Constitución? o talvez la pregunta más inquietante (en virtud de que muchos conocemos y tememos la respuesta) ¿está el tratado internacional por encima de nuestra Constitución?, son preguntas que nos proponemos explicar y, si es posible, responder a lo largo de esta exposición y propuesta de reformas constitucionales que tienen la finalidad de proponer la adecuación de las funciones del Poder Judicial Federal en materia de acuerdos internacionales, a fin de que nuestras dudas sean resueltas y que podamos ocupar nuestros pensamientos en nuevos cuestionamientos que a la postre seguirán surgiendo.

<sup>4</sup> Fuente: página web: <http://www.derechos.org/nizkor/chile/libros/Inegro/cap2.html>

<sup>5</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.: *EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO*, pg. 100-101, cit. por Luz Bulnes: LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN, Rev. Chilena de Derecho, Pontificia U. Católica de Chile, Número Especial XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público, pg. 123.

## 1. ANTECEDENTES EN LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN MEXICO.

### 1.1. LA CONSTITUCIÓN DE 1824.

Publicada el 25 de octubre de 1824, tuvo un basamento, como era de esperarse, independentista respecto de España, así como respecto de cualquier otra potencia extranjera, con base en el mandato de Dios, propio de la Constitución de los Estados Unidos de América, a fin de fijar la independencia del país y su libertad, promoviendo su prosperidad y gloria.<sup>1</sup>

Uno de los aspectos básicos regulados por esta Constitución, lo fueron los derechos humanos, por medio de este cuerpo de leyes se establece la primera Constitución que establece de manera formal el gobierno federal de nuestro país, el propio artículo 5 de la Carta Magna en mención establece:

“Artículo 5. Las partes de esta federación son los Estados y Territorios siguientes: el Estado de Chiapas, el de Chihuahua, el de Coahuila y Tejas, el de Durango, el de Guanajuato, el de México, el de Michoacán, el de Nuevo León, el de Oaxaca, el de Puebla de los Ángeles, el de Querétaro, el de San Luis Potosí, el de Sonora y Sinaloa, el de Tabasco, el de las Tamaulipas, el de Veracruz, el de Jalisco, el de Yucatán, y el de los Zacatecas: el Territorio de la Alta California, el de Baja California, el de Colima, y el de Santa Fe de Nuevo-México. Una ley constitucional fijará el carácter de Tlaxcala.”

Aquí la influencia de Europa y Norteamérica se aprecia de manera explícita en el sistema de conformación constitucional de la unión mexicana. Esta Constitución encuentra su conformación en dos regulaciones aprobadas en distintas fechas por el poder constituyente, el Acta Constitutiva de 31 de enero, y la Constitución propiamente dicha, aprobada el 3 de octubre, ambas en el año de 1824.

Así, el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana estableció en su artículo 30 la obligación de la Nación de proteger mediante leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano depositándose el Poder Judicial de la Federación en una Corte Suprema de Justicia y en tribunales estatales. Conformándose el marco proteccionista de la citada Constitución, conforme al cual se facultaba al Congreso General para la realización de diversos actos, entre los cuales se encuentra la celebración de tratados de paz, de alianza, de amistad, de federación, de neutralidad armada, y cualesquiera otros que celebre el Presidente de los Estados Unidos con potencias extranjeras.

Es de destacarse el hecho de que la aportación primordial de la Constitución de 1824, fue el establecimiento de la República y la Federación, tal y como lo afirma Emilio Rabasa, al señalar que con lo de República, los constituyentes cumplieron con la forma avanzada del pensamiento liberal de su tiempo; con lo de federación, adelantaron a la nueva nación varios años en la historia de las organizaciones políticas modernas.<sup>2</sup>

Por otro lado, al respecto de las facultades del titular del ejecutivo, señalaba la fracción XIV del artículo 110 constitucional, lo siguiente:

“Artículo 110. Las atribuciones del Presidente son las que siguen:

(...)

<sup>1</sup> CARBONELL, Miguel CONSTITUCIONES HISTÓRICAS DE MÉXICO, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, pp. 309.

<sup>2</sup> RABASA, Emilio, HISTORIA DE LAS CONSTITUCIONES MEXICANAS, UNAM, México 1997, pág. 22.

XIV. Dirigir las negociaciones diplomáticas, y celebrar tratados de paz, amistad, alianza, tregua, federación, neutralidad armada, comercio y cualesquiera otros; más para prestar o negar su ratificación á cualquiera de ellos, deberá preceder la aprobación del congreso general.”

Así las cosas, el sistema de celebración de tratados internacionales, como hasta la fecha, se encontraba sujeto a un control político más que jurídico, delimitado únicamente en el control previo del congreso general por virtud de la autorización que de manera indispensable debía brindar para la celebración de los citados acuerdos internacionales a efecto de que éstos pudieran ser celebrados por el Presidente de la República.

Por otro lado, el cuerpo legal en cita estableció, en respeto al principio de unión federada, la prohibición para las entidades federativas de celebrar cualquier tipo de acuerdo internacional con las potencias extranjeras o entre sí, sin la previa aprobación del congreso general, estableciéndose en consecuencia la obligación de las partes integrantes de la federación, de guardar y hacer guardar la Constitución y leyes generales de la Unión, y los tratados hechos o que se hicieren por la autoridad suprema de la federación con alguna potencia extranjera.

Salta a la vista el hecho de que en términos de la Constitución de 1824, el Congreso de la Unión tenía la facultad de celebrar tratados de paz, alianza, amistad, federación, neutralidad armada y, en general los celebrados por el Presidente de la república con las potencias extranjeras, de donde encontramos que el constituyente no sigue la tendencia del vecino país del norte, puesto que en los Estados Unidos de Norteamérica el sistema constitucional de celebración de tratados establece la obligación de obtener la anuencia del Senado por parte del Presidente para el efecto de la celebración de tratados internacionales.

Supone este sustentante el hecho de que el constituyente de 1824, tomando para sí el sistema de división de poderes, consideró que el Congreso en lo general, como representante del pueblo mexicano, más que de las entidades federativas, debía proteger al propio pueblo de ingerencias externas sustentadas en la celebración de acuerdos que no estuvieren acordes con el principio de independencia contenido en la citada Carta Magna de 1824, tomando en cuenta de igual manera que el sistema tripartito de ejercicio del poder no debía de establecer prerrogativas que pudieren establecer a favor de un determinado grupo, el ejercicio de facultades exclusivas puesto que tal situación vulneraría el principio de división de poderes en el contexto de la época.

Esta circunstancia se confirma inclusive si se aprecia que la Constitución de que se viene hablando no contemplaba facultades exclusivas de alguna de las cámaras, con lo que la evolución normativa al respecto, debía esperar a un mejor momento.

De igual manera, la primera Constitución Política de México de mil ochocientos veinticuatro, hubo de copiar a la Constitución de los Estados Unidos de América de mil setecientos ochenta y siete en ciertos rubros de importancia para aquel país, pero que en el nuestro ocupaban talvez un segundo lugar debido a las condiciones sociales de desenvolvimiento de nuestra nación. De ahí que el artículo VI, párrafo 2o. de esa Carta, aparezca más o menos reproducido en el 161 de la Constitución mexicana de 4 de octubre de mil ochocientos veinticuatro:

"Art. 161. Cada uno de los Estados tiene obligación...

(...)

II) De cuidar y hacer cuidar la Constitución y leyes generales de la Unión y los Tratados hechos o que en adelante se hicieren por la autoridad suprema de la Federación con alguna potencia extranjera."

Como se aprecia de la inserción que antecede, la tendencia del constituyente de 1824, obedeció a un sistema de cohesión de la Federación, más que a un real interés en la visión externa de nuestra nación, hecho que se aprecia lógico atento las guerras intestinas que se fraguaban en nuestro país y el clima de desunión que privaba en la naciente Federación, palabra que lleva en si misma, el desmoronamiento de cualquier Federación que pretenda serlo, en virtud de lo cual, las disposiciones constitucionales privilegiaban una convivencia entre las entidades federativas, supeditada al orden constitucional, situación que no cambiaría del todo en la siguiente Constitución de nuestro país, como se podrá ver a continuación.

## 1.2. LAS SIETE LEYES CONSTITUCIONALES DE 1836.

La primera década del México independiente traería notables avances a la nación en su organicidad federal, la referencia del vecino país del norte era del todo aleccionadora al respecto; sin embargo, la problemática en el ámbito económico, político y social aún no se veía superada con motivo de las constantes desavenencias entre los gobernantes de la naciente Nación.

Así, el lapso de tiempo en el que sobrevivió el federalismo, se establece una cierta vida parlamentaria, tanto a nivel federal como a nivel de los diferentes estados de la unión mexicana, enfrentando a la corriente conservadora del centralismo como modelos contrapuestos en la conformación de la república. En los treinta, al tomar los conservadores el control del parlamento, los debates en el Congreso revelan las contradicciones entre los dos modelos organizacionales.

Con lo anterior, la política seguida por Antonio López de Santa Anna, traería resultados funestos para la República con un aire más bien conservador. Tal situación se hizo flagrante con la derogación de la legislación reformista impulsada por Don Valentín Gómez Farías, con lo que Santa Anna confirma su tendencia centralista negando cualquier clase de autonomía de las entidades federativas para concentrar el poder (y junto con ello los recursos económicos y el avance cultural y social) en un mando precisamente central.

Así pues, México se transforma en una República Centralista sustentada en el cuerpo normativo denominado "Las Siete Leyes Constitucionales" de 1836. Queriendo restaurar el poder de las clases privilegiadas, las nuevas leyes establecen un Poder Supremo Conservador con autoridad y prerrogativas superiores a los tres poderes clásicos del régimen republicano, respondiendo dicho poder por sus actos únicamente ante Dios, así como la opinión pública.

Mientras que la Constitución Federalista de 1824 representó un avance en tal sentido respecto de las monarquías y aún las repúblicas centralistas europeas, al haber logrado asimismo detener la disgregación de los estados, con la promulgación de las Siete Leyes Constitucionales de 1836 se aprecia un retroceso al centralismo conservador en el que el gobierno centralista terminaría por permitir la pérdida de la mitad del territorio nacional.

Las siete leyes constitucionales contemplaban en su primer artículo, lo relativo a los “ciudadanos mexicanos”, el Artículo 1o. aprobado en las Leyes Constitucionales, se refiere únicamente a los “mexicanos” y diferencia el carácter de “ser mexicano” con el de ser “ciudadano de la República Mexicana”, se separan los derechos y deberes de los mexicanos, entre otros aspectos que denotan retroceso, para ser ciudadano de la República se requería cumplir con los cinco primeros párrafos del Artículo 1º (ser nacido en México o en el extranjero de padres mexicanos, etc.), pero además, “que tengan una renta anual lo menos de cien pesos, procedentes de capital fijo ó mobiliario, ó de industria ó trabajo personal honesto y útil a la sociedad”, este requisito desconocía de tajo la ciudadanía mexicana a la mayor parte de la población, particularmente a millones de indígenas, jornaleros agrícolas y sus familias, igualmente hacía nugatorio sus derechos políticos. Para más decir del retroceso, el numeral 10 del mismo artículo establecía que “los derechos particulares del ciudadano se suspenden: (...) por el estado de sirviente doméstico (...) por no saber leer y escribir desde el año de 1846 en adelante (...) por ser vago, mal entretenido, o no tener industria ó modo honesto de vivir”.<sup>3</sup>

De la misma manera, y como detonante del ánimo secesionista de las entidades de nuestro país, el Congreso General, dominado por amantes de la iglesia y contrarrevolucionarios, aprueba el establecimiento del Supremo Poder Conservador “depositado en cinco individuos”. Los conservadores desaparecen asimismo la figura constitucional de “Estados de la Federación”, para transformarlos en una suerte de “departamentos”, subdivididos en “distritos” y estos a su vez en “partidos”.

Es importante señalar que la adopción del régimen centralista que convertía a los estados soberanos en departamentos dependientes del gobierno central, aceleró la separación de Texas (proceso que culminó el 2 de marzo de 1836), igualmente, unos años después, Yucatán intentó separarse de la República, y promulgar su propia Constitución Política en marzo de 1841.

Por otra parte las Leyes Constitucionales continúan el reconocimiento de un poder legislativo conformado por dos cámaras, determinado que únicamente la Cámara de Diputados estaría facultada para iniciar la discusión de las iniciativas de ley, mientras que la de Senadores le correspondía solamente la revisión de las mismas.

En lo atinente a la materia de las relaciones internacionales, la Tercera Ley Constitucional referente al Poder Legislativo, de sus miembros y de cuanto dice relación a la formación de las leyes, estipulaba en su artículo 53, referente a las facultades de la Cámara de Senadores, párrafo tercero, lo siguiente:

“Artículo 53. Toca exclusivamente a la Cámara de Senadores:

(...)

3o. Aprobar los nombramientos que haga el Poder Ejecutivo para Enviados Diplomáticos, Cónsules, Coroneles y demás oficiales superiores del Ejército permanente, de la Armada y de la Milicia Activa.”

En la materia de Tratados Internacionales, la Cuarta Ley que refería la forma de organización del supremo poder ejecutivo disponía en su artículo 17, párrafos 19 y 20, lo siguiente:

“Artículo 17. Son atribuciones del Presidente de la República:

---

<sup>3</sup> CARBONELL, Miguel Op. cit. pp. 347-398.

(...)

19o. Celebrar concordatos con la Silla apostólica, arreglado a las bases que le diera el Congreso.

(...)

20o. Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados de paz, amistad, alianza, tregua, neutralidad armada, sujetándolos a la aprobación del Congreso antes de su ratificación.”

Aunado a lo anterior, llama la atención a este sustentante que las dichas leyes constitucionales establecían el llamado “Consejo de Gobierno”, órgano que contaba con todas y cada una de las facultades establecidas en las siete leyes; en otras palabras, dicho órgano podía participar de igual manera en los rubros de política exterior antes señalados. No obstante, los trece consejeros que integraban dicho órgano quedaban sujetos a la designación previa propuesta del Senado, por parte del Presidente de la República, con lo que el poder central en un solo mandatario quedaba del todo asegurado, teniendo la facultad asimismo de nombrar al Presidente de dicho consejo, así como a su suplente. El cargo de consejero era vitalicio e irrenunciable, salvo justa causa declarada así por el propio Presidente, con acuerdo del mismo Consejo de Gobierno.

Este período de gobierno centralista se mantendría desde 1833 (año en que llega a la Presidencia Antonio López de Santa Anna) y hasta el año de 1835, que es el último de los mandatos del dictador.

### 1.3. BASES ORGÁNICAS DE LA REPÚBLICA MEXICANA.

La ofensiva de Antonio López de Santa Anna en contra de las reformas federalistas que se llevaron a cabo en el breve período de gobierno de Valentín Gómez Farías, asentaron como se dijo en el capítulo que antecede, la existencia de una república centralista sustentada en el complejo legislativo de las Siete Leyes o las Leyes Constitucionales de 1836.

Con la finalidad de convocar a un nuevo Congreso y elegir Presidente provisional, en septiembre de 1841, López de Santa Anna declara las Bases de Tacubaya, dando como resultado la elección en el año de 1842 de un número importante de diputados de tendencia liberal interesados en regresar al régimen federalista. El proyecto de constitución presentado en ese entonces por los liberales trajo como consecuencia un ambiente de linchamiento político en su contra a partir de la propia tendencia de Antonio López de Santa Anna, quien en el año de 1843, durante el gobierno dictatorial de él mismo, nombró la Junta Nacional Legislativa que sancionaría una nueva carta constitucional bajo el título de Bases de Organización Política de la República Mexicana.

Dicha Junta nombró la Comisión de Bases Constitucionales compuesta de nueve individuos, esta comisión fue facultada para presentar para su deliberación los fundamentos del proyecto constitucional.

La nueva Constitución, a pesar de su extracción conservadora, preserva buena parte de los logros legislativos impulsados por los liberales, entre otros: la abolición de todo tipo de esclavitud; la libertad de imprenta y de opinión; la seguridad personal, y la inviolabilidad de la propiedad y el domicilio, más que por causa de pública utilidad. No obstante, esta Constitución continúa con el proyecto centralista y conservador de las Siete Leyes de 1836, e incluso da mayores poderes a favor del Poder Ejecutivo.

La Junta, en su proyecto de Bases de Organización, sostiene que la Nación Mexicana es independiente, libre y soberana, adoptando un gobierno interior en la forma de República representativa y popular; mantiene la división política en Departamentos, cuyos gobernadores serían nombrados por el Presidente de la República; elimina el principio de soberanía popular, en su lugar afirma que “la suma de todo el poder público reside en la nación”, este dispositivo adquiriría importancia en el hecho de la eliminación de los legislativos locales, con lo que el poder central quedaba intachablemente consolidado.

Asimismo, se consolidó la división del poder en ejecutivo, legislativo y judicial; continúa la abolición de la esclavitud; mantiene los derechos fundamentales a la propiedad, la libertad de opinión, de equidad ante la ley, la inviolabilidad del domicilio y el libre tránsito; ratifica la existencia de un Congreso dividido en dos Cámaras; deposita el supremo poder ejecutivo en un magistrado al que denomina Presidente de la República con una duración de cinco años; presenta un avance en materia de seguridad social, al instruir al ejecutivo para “dar jubilaciones y retiros, conceder licencias y pensiones, con arreglo a lo que dispongan las leyes” así como “cuidar de la salubridad pública y reglamentar la conveniente para conservarla; y aumenta de manera notable las atribuciones generales del ejecutivo, particularmente en el campo legislativo.

En el área de las relaciones con otros países, concretamente en lo que respecta a la celebración de acuerdos internacionales, el artículo 66 de las Bases Orgánicas establecía dentro de las facultades del Congreso, en sus fracciones IX, X y XI, lo siguiente:

“Artículo 66. Son facultades del Congreso:

(...)

IX. Aprobar toda clase de tratados que celebre el Ejecutivo con las potencias extranjeras

X. Aprobar para su ratificación los concordatos celebrados con la silla apostólica, y arreglar el ejercicio del patronato en toda la Nación.

XI. Decretar la guerra por iniciativas del Presidente; aprobar los convenios y tratados de paz, y dar reglas para conceder patentes de corso.<sup>4</sup> (...)”

Como se aprecia de la lectura antecedente, el Congreso contaba con amplias facultades en materia de política exterior; sin embargo, las mismas se convertían en el señalamiento de simples formalismos a seguir como consecuencia del poder depositado en el Supremo Poder Ejecutivo, poder que se señala en el artículo 87 de dichas Bases y que para efectos del estudio que se lleva a cabo, encontramos en las fracciones XVI, XVII y XVIII, las cuales señalaban:

“Artículo 87. Corresponde al Presidente de la República:

(...)

XVI. Dirigir las negociaciones diplomáticas, y celebrar tratados de paz, amistad, alianza, tregua, neutralidad armada, y demás convenios con las naciones extranjeras, sujetándolos a la aprobación del congreso antes de su ratificación.

XVII. Admitir ministros y demás enviados y agentes extranjeros.

XVIII. Celebrar concordatos con la Silla apostólica, sujetándolos á la aprobación del Congreso. (...)”

---

<sup>4</sup> Las patentes de corso autorizaban a perseguir a los piratas y las embarcaciones enemigas en tiempo de guerra, colocaban al navío corsario prácticamente en la condición de un buque de guerra y permitían a sus propietarios quedarse con las presas que capturasen.

De esta guisa, es claro que el orden de gobierno instituido por virtud de las Siete Leyes Constitucionales y posteriormente a través de las Bases Orgánicas de la República Mexicana, apuntaló la existencia de un poder central cuyo único representante lo era “Su Alteza Serenísimas” Antonio López de Santa Anna, por lo que la trascendencia en la materia internacional en este caso, además de la pérdida de la mitad del territorio a manos de los Estados Unidos de Norteamérica, no fue mayor que la de encontrar en Santa Anna a un Presidente con poderes desproporcionados respecto del Legislativo y Judicial. Ante ello, el tratado con más trascendencia signado en ese período en el interinato del Presidente de la Suprema Corte, don Manuel de la Peña y Peña, lo fueron, en primer término, el Convenio de Velasco donde se reconocía la independencia de Texas, mismo que no fue reconocido por nuestro país por las condiciones en las que éste se dio, así como los tratados de Guadalupe-Hidalgo, a través de los cuales se reconoció la independencia de Nuevo México y la Alta California, a cambio de una indemnización de 15 millones de pesos por el territorio perdido -dos millones de kilómetros cuadrados-.<sup>5</sup>

Poco se puede resaltar en verdad respecto del centralismo mexicano que se dio a manos de Antonio López de Santa Anna, salvo el establecimiento de derechos constitucionalmente garantizados con carácter más bien ornamental, entre los que podemos destacar la prohibición de la esclavitud en el territorio de nuestro país; la libre expresión, salvo en materia de dogmas religiosos que se sujetarían “a las disposiciones de las leyes vigentes”, prohibiéndose asimismo escribir sobre la vida privada; la prohibición de aprehensión sino por mandato de funcionario a quien la ley diere autoridad para ello, con excepción del caso de delito in fraganti; la prohibición de la detención de personas sino por mandato de autoridad competente, dado por escrito y firmado, y sólo cuando obraren contra él indicios suficientes para presumirlo autor del delito que se persigue; entre otras prerrogativas a favor de los habitantes de la república que de igual manera serían derecho vigente, sin adquirir positividad alguna respecto de las ordenanzas del dictador Jefe del Ejecutivo.

#### 1.4. EL CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1847.

El constitucionalista Mariano Otero, promotor de la inclusión del sistema de amparo en el orden constitucional mexicano, fungió de igual manera en el Congreso Constituyente de 1847, como un promotor de la implementación de medios de control de constitucionalidad de leyes diferentes a los contenidos en el sistema constitucional norteamericano, pues aún cuando acepta la importancia y trascendencia del sistema estatuido en los Estados Unidos de América, (infra §3.4.) prefiere y privilegia igualmente la implementación de un sistema nacional de control de constitucionalidad, indudablemente la labor innovadora de este preeminente jurista habría sido de especial importancia (más allá de lo que llegó a hacer) de no haber sido por su deceso en plena ocupación norteamericana.

Bien podemos recordar igualmente al insigne constitucionalista Ignacio Luís Vallarta, quien señalaba al pronunciarse al respecto de la acción de amparo constitucionalmente establecida lo siguiente:

“Entre nosotros, sin embargo, penoso pero necesario me es decir, la institución del amparo no produce aún el más grandioso de sus efectos, el de fijar el derecho público; institución nueva, combatida muchas veces sin juzgarla, lucha contra el torrente de añejas pronunciaciones. Que después de

<sup>5</sup> VILLALPANDO, José Manuel. ANTONIO LÓPEZ DE SANTA ANNA, Editorial Planeta, México 2005; pp. 130

la ejecutoria que declara inconstitucional una ley, el legislador no se apresure a derogarla, se comprende bien: el tribunal puede engañarse; pero después que cien, que mil ejecutorias han repetido la misma declaración de inconstitucionalidad de la ley, ésta subsista y permanezca, es cosa que no se explican sino confesando con dolor que aún no se aprecia en lo que vale la excelencia de la institución del amparo, de la más importante de las reformas hechas por el constituyente. La ley se mantiene por los poderes legislativo, y ejecutivo después de haber sido condenada uniformemente en millones de casos por el judicial.”<sup>6</sup>

Así las cosas, el rememorado jurista, a quien debemos la inserción de la institución de amparo en la CPEUM, planteó ante el Congreso Constituyente de 1847 la implementación de un sistema de anulación de leyes inconstitucionales que deja de lado el socorrido principio de relatividad de las sentencias, a efecto de brindar a ciertos grupos de personas, la posibilidad de plantear la anulación de leyes por ser contrarias a la Constitución, tal y como a continuación se procede a relatar.

Mariano Otero, en el voto particular emitido por virtud del disenso con el criterio de la comisión legislativa en la cual participaba a efecto de implementar ciertas reformas a la Constitución de 1836, señalaba que desde el año de 1832 se apreciaba la necesidad de que la Constitución federal estableciera un sistema que garantizara el ejercicio de los *derechos del ciudadano*, mostrándose renuente a imitar las instituciones del norte como en su concepto lo había hecho la Constitución de 1824, a efecto de que cada una de las entidades federativas mostrarán su capacidad de adecuar los respectivos regímenes normativos a la Constitución federal, pues en tal virtud se abandonarían el poder federal bajo el yugo del poder de los miembros de la federación.<sup>7</sup>

Así las cosas, el mencionado jurista propuso la implementación de las reformas correspondientes a efecto de asegurar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y la ejecución de las facultades de las autoridades federativas, así como estatales, dentro del marco constitucional previamente establecido, bajo estos principios propone que la Constitución fije los derechos individuales y asegure su inviolabilidad, partiendo del establecimiento de la acción de amparo, previamente elaborada por el constitucionalista yucateco Manuel Crescencio Rejón, misma que se incorporó a la Constitución de la entidad en el año de 1847 de la siguiente manera:

“Los tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la república en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre el que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que la motivare.”

Así se resolvía el problema de protección de garantías individuales en el sistema constitucional mexicano, mediante la implementación de una vía de protección constitucionalmente establecida a efecto precisamente de proteger los mencionados derechos constitucionalmente garantizados; sin embargo, es este un punto en el que igualmente debemos poner especial atención y del cual, como en todo ámbito introductorio debería presentarse, encontramos una de las raíces del problema que nos planteamos en el presente trabajo de tesis, Mariano Otero dispone el establecimiento del sistema de control de constitucionalidad de los actos de autoridad, incluyendo las leyes, a efecto de que éstos, en

<sup>6</sup> Palabras del Ministro Ignacio Luis Vallarta, citadas por el Ministro Genaro David Góngora Pimental en prólogo de CASTRO Y CASTRO, Juventino. Op. cit.

<sup>7</sup> Ibidem p.5.

el caso de la aplicación concreta del mencionado acto en perjuicio de los derechos constitucionalmente establecidos a favor de un particular, sean anulados solamente en lo atinente a las partes en el juicio – principio de relatividad de las sentencias–, toda vez que efectivamente se protege al ciudadano en contra de los actos de las autoridades del Estado, e inclusive este sustentante considera que esta acepción debe tomarse al pie de la letra, el que está siendo protegido mediante la acción de amparo, lo es el gobernado en el ejercicio de sus derechos constitucionalmente establecidos, PERO NO ASÍ LA CONSTITUCIÓN, pues si bien es ésta la que establece los derechos mínimos del gobernado, también es cierto el hecho de que mediante la acción de amparo se protege el ejercicio de los derechos del gobernado, pero no la supremacía de la Constitución, quedan protegidos los derechos de los gobernados, y perdonará el sínodo que sea tan reiterativo en este aspecto, pero no así la CPEUM, pues si bien es cierto se protege al gobernado de la violación de sus derechos constitucionales, también es cierto el hecho de que aquel gobernado que no pudo contratar un abogado o aquél que aún contratándolo no supo plantear el problema de constitucionalidad, no será reparado en el ejercicio de los múltiplemente mencionados derechos constitucionales, con lo que la Constitución, con todo y la supremacía de la misma, seguirá siendo violada y ya de manera flagrante ante la previa apreciación de los tribunales de la federación.

Precisamente es este uno de los puntos en los que consideramos se basó Mariano Otero para proponer el procedimiento contenido en los artículos 16, 17 y 18 del Proyecto de reformas a la Constitución de 1836, mismos que el Congreso aprobaría en sus términos únicamente cambiando la numeración de los mismos conforme a los numerales 22, 23 y 24 que señalaban:

“Art. 22.- Toda ley de los estados que ataque la Constitución o las leyes generales, será declarada nula por el congreso; pero esta declaración sólo podrá ser iniciada en la Cámara de Senadores.”

“Art. 23.- Si dentro de un mes de publicada una ley del Congreso general, fuera reclamada como anticonstitucional, o por el Presidente, de acuerdo con su ministerio o por diez diputados, o seis senadores, o tres Legislaturas, la Suprema Corte, ante la que se hará el reclamo, someterá la ley al examen de las Legislaturas, las que dentro de tres meses y precisamente en un mismo día, darán su voto.

Las declaraciones se remitirán a la Suprema Corte, y ésta publicará el resultado, quedando anulada la ley al examen de las Legislaturas, las que dentro de tres meses, y precisamente en un mismo día, darán su voto.”

“Artículo 24.- En el caso de los dos artículos anteriores, el congreso general y las legislaturas a su vez, se contraerán a decidir únicamente si la ley de cuya invalidez se trate es o no anticonstitucional; y en toda declaración afirmativa se insertarán la letra de la ley anulada y el texto de la Constitución o la ley general que se oponga.”

El sustento mediante el cual Mariano Otero procuró la entrada en vigor de estos numerales, se aprecia de manera clara en la Carta que Mariano Otero escribe al Presidente de la comisión redactora del dictamen enviado al Congreso Constituyente:

“Expuesto así cuanto me parece necesario variar en la Constitución, es preciso ocuparse de otro punto interesantísimo omitido en ella, o por lo menos tratado muy ligeramente. ¿Cuáles son los límites respectivos del poder general y del poder de los Estados? Y una vez conocidos estos límites, ¿cuáles son los mejores medios de precaver la recíproca invasión, de manera que ni el poder del centro ataque a la soberanía de los Estados, ni éstos disuelvan la Unión, desconociendo o usurpando sus facultades? Ninguna otra cosa, Señor, me parece hoy más urgente que ésta, porque el mal lo tenemos

delante, y es un mal tan grave, que amenaza de muerte a las instituciones. En un tiempo vimos al Congreso General convertido en árbitro de los partidos de los Estado decidir las cuestiones más importantes de su administración interior; y ahora apenas restablecida la Federación, vemos ya síntomas de la disolución, por el extremo contrario. Algunas Legislaturas han suspendido las Leyes de este Congreso; otra ha declarado expresamente que no se obedecerá en su territorio ninguna regla general que tenga por objeto alterar el estado actual de ciertos bienes; un Estado anunció que iba a reasumir la soberanía de que se había desprendido; con las mejores intenciones se está formando una coalición que establecerá una Federación dentro de otra; se nos acaba de dar cuenta con la ley por la cual un Estado durante ciertas circunstancias confería el Poder de toda la Unión a los diputados de esa coalición, y quizá se mediten ensayos todavía más desorganizadores y atentatorios. Con tales principios, la Federación es irrealizable, es un absurdo, y por eso los que la hemos sostenido constantemente, los que vemos en ella las esperanzas de nuestro país, levantamos la voz para advertir el peligro."

El sistema planteado por Mariano Otero, suponía entonces una evocación de lo señalado en las Siete Leyes Constitucionales de 1836, en específico la segunda de ellas, que en su artículo 12 precisaba las atribuciones del supremo poder conservador creado pro ese documento constitucional, y que en su fracción primera disponía:

"Declarar la nulidad de una ley o decreto, dentro de los dos meses después de su sanción, cuando sean contrarios a artículo expreso de la Constitución, y la 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."

Indudablemente las razones que llevaron a Mariano Otero a proponer la implementación del sistema de control de constitucionalidad de leyes encuentran sustento en el hecho de que la Federación mexicana en ese entonces carecía de la cohesión de la que actualmente muy difícilmente podría prescindir. Así las cosas, el contexto histórico demandaba la protección de los actos de la Federación respecto de los estados "rebeldes" y renuentes a integrar la Federación.

Por otro lado, la proposición de Mariano Otero dista mucho de reconocer el control difuso de constitucionalidad efectivamente aplicado por el vecino país del norte, situación que inclusive se aprecia de la función que se propone para la SCJN, pues ésta no funge como órgano anulador de las leyes que contrarían a la Constitución, sino que su papel es simplemente de órgano de recepción de los votos procedentes de los Estados Federados, a fin de llevar a cabo la homologación de los mismos, a fin de que el Congreso emitiera la declaratoria correspondiente.

De tal suerte, se aprecian dos situaciones conforme a las cuales la fórmula Otero resulta aplicable, la primera de ellas en la que un individuo sufre un agravio personal y directo por virtud de una ley que, conforme a la previa declaración de los tribunales de la Federación, resulta contraria a la Constitución y en tal virtud se protege al individuo precisamente por virtud del agravio personal y directo, respecto de la aplicación de dicha disposición inconstitucional, conforme al principio de relatividad de las sentencias de amparo; en otro sentido, tenemos la apreciación por parte de un órgano

de carácter político que considera que una Ley es contraria al texto constitucional, en cuyo caso el conflicto se centra en el hecho de determinar si la norma es o no constitucional conforme a la opinión de las diferentes legislaturas integrantes de las entidades de la Federación, quienes envían su opinión a la Suprema Corte, misma que recaba los votos y da vista al Senado a efecto de que manifieste la invalidación de la norma violatoria de la Constitución, acto que tiene efectos *erga omnes*.

Esta fórmula se aprobó tal cual por el Congreso Constituyente de 1847, incluyéndola en el acta de reformas del mismo año, sin embargo, la misma no prevalecería en la Constitución del 57', al considerar el constituyente de ese entonces que tal actuación equivaldría a una declaración de guerra entre potencias, al preverse la anulación de normas de las entidades federativas o de la federación, sosteniendo el hecho de que "para todo lo concerniente al poder de la Federación, desaparecen, deben desaparecer los Estados; para todo lo que pertenece a éstos, desaparece, debe desaparecer, del Poder de la Federación" afirmación con la que por supuesto este sustentante no está de acuerdo, pues en primer lugar, conforme a la naturaleza de aquello que debemos entender como una Federación, es claro el hecho de que las entidades federativas no son más estados, sino que adquieren esta característica primordial del ente federativo, que es la autonomía, al carecer en tal virtud, y aún y cuando a la fecha haya quien sostenga lo contrario: de soberanía, lo que hacía en todo caso aún más necesaria la existencia de un órgano que se encargara en tal virtud de la dimisión de controversias competenciales entre las entidades federativas y la federación, sin embargo, el constituyente de 1857 sostendría el hecho de que una sentencia con efectos *erga omnes*, lastimaría el vigor y prestigio de la autoridad de la cual emanó el acto contrario a la Carta Magna.<sup>8</sup>

Así las cosas, encontramos en el Acta de Reformas de 1847 que una de las proposiciones más importantes en materia de control de constitucionalidad de leyes había sido estudiada ya desde entonces, pero en ese entonces con la finalidad de hacer prevalecer la cohesión de la Federación.

#### 1.5. LA CONSTITUCIÓN DE 1857.

El debate conservador y liberal originado en el seno del congreso constituyente de 1857, se vería superado en al discusión a la propuesta de una nueva Constitución en la que los liberales impondrían sus ideas políticas al ser los ganadores de la guerra civil que privaba en el país.

Uno de los expositores más representativos de las ideas que dieron lugar a la implementación de una nueva Constitución fue el ilustre jurista Mariano Otero, el voto particular de éste, que disintió de la mayoría constituyente en 1857, incluía dos aspectos principales, a decir:

- La conservación del sistema federal a la usanza norteamericana, con las bases filosóficas francesas y las instituciones inglesas;
- Al respecto de los derechos del ciudadano, había que transformar éstos, plasmarlos de manera formal en la Carta Magna dejando su protección a cargo de una alta ley reglamentaria;
- En esta tesitura, una de las principales aportaciones del miembro del constituyente de 1857, lo fue la proposición de la institución del amparo, pues los tribunales de la federación debían proteger a cualquier ciudadano en contra de cualquier ataque de los poderes legislativo y ejecutivo y de la Federación, y de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su

---

<sup>8</sup> Ibid. pp. 11 y 12.

protección en el caso particular sobre el que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que lo motivare<sup>9</sup>

En seguimiento a la tendencia de las doctrinas europeas, el artículo primero de la Constitución reconocía de manera expresa la protección de los derechos del hombre, como base y objeto de las instituciones sociales, como se aprecia de la siguiente transcripción:

“Artículo 1. El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga al presente Constitución.”

Como se aprecia de la transcripción que antecede la Constitución de 1857, atento a las ideas revolucionarias de 1789 enarboladas en Francia, dispone el reconocimiento y protección de los derechos del hombre y el ciudadano (a pesar de no hacer mención expresa de esta última calidad) y los promueve a lo largo de los primeros veintinueve artículos de la Constitución, derechos cuyo enfoque, como se señaló con antelación, era la protección del individuo frente al actuar del Estado.

En este orden de ideas la Constitución de 1857, como materialización de las ideas liberales que dieron sustento a la misma, fue el resultado del que ha sido calificado como un excelentísimo trabajo llevado a cabo por los miembros del constituyente de aquel año, constituyente que en la materia que nos interesa para efectos de este trabajo, estableció como una de las facultades del congreso, la contenida en la fracción XIII del artículo 72 constitucional, que señalaba lo siguiente:

“PARRAFO III.  
De las facultades del congreso.

Artículo 72. El congreso tiene facultad:

XIII. Para aprobar los tratados, convenios ó convenciones diplomáticas que celebre el ejecutivo”

En el mismo sentido, al respecto de las facultades y obligaciones del Presidente, se incluía la siguiente:

“Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

(...)

X. Dirigir las negociaciones diplomáticas, y celebrar tratados con las potencias extranjeras, sometiéndolos a la ratificación del congreso federal.”

De esta manera, la Constitución Federal entonces establecida, sin reconocer al igual que la Ley Fundamental previamente analizada, facultad exclusiva alguna para alguna de las cámaras del Congreso de la Unión, establece que dicho órgano es el encargado de la aprobación de los diversos dispositivos internacionales (que nombra diplomáticos) estableciendo de igual manera una diferenciación entre éstos en tratados, convenios ó convenciones diplomáticas, respecto de los cuales se consagra al Presidente su dirección en las correspondientes negociaciones.

Así apreciamos que la Constitución de 1857, siguiendo con esta tendencia prevaleciente desde el año de 1824, a pesar de su extracción liberal, deja en manos de ambas cámaras la aprobación de las

<sup>9</sup> RABASA, Emilio, Op. Cit. pág. 58.

disposiciones diplomáticas en virtud del reconocimiento como representantes únicos del pueblo y de la voluntad de éste en cuanto al establecimiento de la propia autodeterminación y de su forma de gobierno, conducta loable y al respecto de la cual se propone retomarla en el régimen constitucional en vigor dada la trascendencia en los alcances de las disposiciones contenidas en los dispositivos internacionales celebrados por nuestro país.

Otra de las instituciones que retoma esta Constitución de su predecesora de 1824, lo es la Controversia Constitucional, misma que, atendiendo el hecho de que la celebración de un tratado internacional se da por parte del jefe del Ejecutivo Federal, dicho acto podía en sí mismo generar una situación de contención entre las entidades federativas y la propia Federación, por lo que se convierte en uno de los supuestos establecidos en la Carta Magna a efecto de llevar a cabo la impugnación del acto de celebración llevado a cabo por el Ejecutivo Federal.

Si bien es cierto el hecho de que la institución de que se habla data de la Constitución de 1824, que a su vez lo tomó de la Ley Fundamental norteamericana, en aquella Carta Magna se establecía el hecho de que la controversia se generara entre entidades federativas,<sup>10</sup> no así respecto de la Federación, por lo que no podemos señalar que la misma represente un antecedente en cuanto a las regulaciones aplicables en materia de tratados internacionales.

No obstante, la regulación que se dio a la institución de cuenta en el año de 1857, representó, ahora sí, la oportunidad de las entidades federativas de impugnar, como acto constitutivo de una violación al pacto federal, los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal, en términos de lo dispuesto por los artículos 97 y 98 de la Constitución del '57, mismos que ubicaban como tribunal del conocimiento a la SCJN, en aquellos asuntos en los que la Federación fuere parte, lo que representa el hecho de que en el caso de celebración de tratados internacionales, la Corte necesariamente conocería de dichos asuntos.

Así tenemos que la fracción III, del artículo 97 establecía lo siguiente:

“Artículo 97. Corresponde a los tribunales de la Federación conocer:

(...)

III. De aquellas en que la Federación fuere parte.”

Mientras que el artículo 98 por su parte, disponía al respecto de las controversias constitucionales, lo siguiente:

“Artículo 98. Corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde la primera instancia el conocimiento de las controversias que se susciten de un estado con otro, y de aquellas en que la Federación fuese parte.”

Por otro lado, el Constituyente de mil ochocientos cincuenta y siete, al redactar la Constitución mexicana incluyó en el artículo 126 de esta Carta, un texto más similar todavía a la disposición constitucional norteamericana en cuanto al régimen normativo de los tratados internacionales, texto en el cual señala:

---

<sup>10</sup> FIX ZAMUDIO Héctor. ESTUDIO DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO, Editorial Porrúa, México 2005. P. 209.

"Art. 126. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el Presidente de la República, con la aprobación del Congreso, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

La fuerza normativa del numeral de referencia, es mayormente apreciable en el caso del artículo que nos ocupa en virtud de la redacción del mismo, el cual obliga a las entidades federativas al estricto acatamiento de los tratados internacionales "hechos y que se hicieren por el Presidente de la República", aún a pesar de que éstos, pudieren ir en contra de lo establecido en las constituciones locales (cuerpo máximo de leyes para cada entidad federativa), de donde se aprecia una tendencia nuevamente reiterativa al respecto del dispositivo correspondiente de la Constitución norteamericana, lo que de igual manera nos priva de un estudio de fondo y analítico de cómo nuestro país apreciaba la celebración de tratados internacionales.

#### 1.6. LA CONSTITUCIÓN DE 1917.

El establecimiento de la Constitución de 1917 por parte de un constituyente del cual se encontraba a la cabeza Don Venustiano Carranza, determinó la entrada en vigor de un sistema renovado pero con las bases sentadas en la Constitución de 1857.

Esta sería la primer Carta Magna en el mundo que contendría las llamadas garantías sociales, la primer Constitución social del mundo, que no socialista, tendría asimismo otro tipo de implementaciones de esta tendencia social, como lo fue la participación estatal en materia económica, planteándose un modelo de economía mixta y Estado interventor, así como el establecimiento de la vía constitucional de protección de los citados derechos constitucionalmente reconocidos y garantizados: el juicio de amparo a cargo de los tribunales de la federación.

Debemos de tomar en cuenta que nuestra actual Constitución en muchos aspectos mantiene las bases de la Constitución de 1857, pero en otros tantos sigue la tendencia de la Constitución de los Estados Unidos de América, como lo es en el aspecto de la celebración de tratados internacionales.

Sin embargo, la ley fundamental no traería consigo grandes cambios en la materia de aplicación del derecho internacional en nuestro país, los artículos 15 y 27, en la parte dogmática de la Constitución, así como la sección III relativa a las facultades del congreso y exclusivas de cada una de las cámaras que conforman al mismo y por supuesto el artículo 133 de la Constitución federal, sustentaron la relevancia que el derecho internacional tendría en nuestro país. El artículo 15 previamente mencionado señalaría:

"Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano."

Por su parte, el artículo 27 constitucional somete al estado mexicano al acatamiento del derecho internacional en cuanto al establecimiento de los límites de las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el derecho internacional, proscribiendo el derecho de propiedad de los extranjeros en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas.

Al respecto de la sección III de la Constitución, relativa a las facultades del congreso y exclusivas de cada una de las cámaras, la fracción I del artículo 76 establecía originalmente, lo siguiente:

“Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado.

I. Aprobar los tratados y convenciones diplomáticas que celebre el Presidente de la República con las potencias extranjeras.”

Esta fracción en específico, ha tenido diversos cambios a lo largo del tiempo, de manera que la lectura actual de la misma es la siguiente:

“Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:

I.- Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso; además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión;”

Como se aprecia de la transcripción que antecede, siguiendo la tendencia del vecino país del norte, nuestra Constitución contempla la aprobación de los diversos acuerdos internacionales por parte del senado de la república, aquí es donde se rompe con el comportamiento hasta entonces inserto en las anteriores constituciones rectoras del estado mexicano, referente al no otorgamiento de facultades exclusivas a las cámaras integrantes del congreso de la unión, otorgando en la materia exterior, la facultad exclusiva de análisis, estudio y aprobación de los dispositivos internacionales celebrados por el estado mexicano, reiteramos, en aplicación de una norma cuya vigencia se encontraba contemplada en la Constitución norteamericana.

A efecto de demostrar la imitación de que se viene hablando, se procede a insertar la disposición contenida en el artículo dos, segunda sección de la Constitución de los Estados Unidos de América, relativo a las facultades del Presidente de aquella Nación que a la letra establece:

“Tendrá facultad, con el consejo y consentimiento del Senado, para celebrar tratados, con tal de que den su anuencia dos tercios de los senadores presentes, y propondrá y, con el consejo y sentimiento del Senado, nombrará a los embajadores, los demás ministros públicos y los cónsules, los magistrados del Tribunal Supremo y a todos los demás funcionarios de los Estados Unidos a cuya designación no provea este documento en otra forma y que hayan sido establecidos por ley. Pero el Congreso podrá atribuir el nombramiento de los funcionarios inferiores que considere convenientes, por medio de una ley, al Presidente solo, a los tribunales judiciales o a los jefes de los departamentos.”

El hecho de que el constituyente originario en 1917 haya tomado como referencia a la Constitución del vecino país del norte, nos deja muy pocos elementos de análisis en cuanto a la implementación originaria de dichas disposiciones, puesto que con el paso del tiempo las mismas han tenido diversos caminos para cada país, pues mientras que los Estados Unidos de América son una Federación que mantiene una real autonomía de sus entidades federativas, los Estados Unidos Mexicanos no han permitido una convivencia estado-entidades que sea benéfica para ambos.

Retomando el estudio de los numerales constitucionales, encontramos que el artículo 89 de la Constitución sentó dentro de las facultades y obligaciones del Presidente de la república, la mencionada en la fracción X de dicho numeral que al efecto señalaba:

“Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

(...)

X. Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados con las potencias extranjeras, sometiéndolos a la ratificación del Congreso Federal”

Al igual que el artículo 76, este numeral contiene disposiciones que a lo largo del tiempo han sufrido diversas reformas, cuyo carácter se ve enfocado en la necesaria participación de nuestro país en el contexto internacional y con base en los principios generalmente aceptados de derecho internacional, relacionando con más detalle las funciones que el ejecutivo tiene a su cargo, como representante de nuestro país en el entorno internacional, tal y como se aprecia de la transcripción de la actual disposición constitucional.

“Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

X.- Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;”

La especificidad que ha venido adquiriendo la dirección de la política exterior mexicana, es de igual manera importante en atención a que el sustento que dicha conducción política debe de contemplar con base en los principios previamente señalados, repercute de manera directa en el ámbito interno de nuestro país. A este respecto, dos de los principios en cuestión, como son la autodeterminación de los pueblos y la cooperación internacional para el desarrollo, inciden de manera directa en la vida del común de la sociedad, no sólo en la de la Federación, ni de las entidades federativas, el pueblo se ve también afectado por la aplicación de tales principios, no debemos dejar de lado el hecho de que en aras del segundo de los principios señalados se llevó a cabo la planeación del plan Puebla-Panamá, mismo que si bien aún no se encuentra en vigor, da sustento a la proposición que se enarbola en el presente párrafo al respecto de la injerencia del derecho internacional en el orden interno de los países y en sus habitantes.

De igual manera se reitera en el texto constitucional de 1917, la posibilidad de impugnación de actos en que la Federación fuese parte, en términos de lo dispuesto por los artículos 104 y 105 constitucionales, mismos que, tal y como fueron aprobados por el constituyente de Querétaro, se incluyeron de la siguiente manera:

“Artículo 104. Corresponde a los tribunales de la Federación conocer:

(...)

III. De aquellas en que la Federación fuese parte.”

De esta manera, se preserva la institución incluida en nuestro sistema constitucional desde 1824, por virtud de la cual, atendiendo el procedimiento de celebración del tratado internacional y su aplicación a las entidades federativas, se hace factible la impugnación de los efectos de éste como un acto de discordancia entre la Federación y las entidades federativas.

No se puede negar que la influencia del vecino país del norte ha sido determinante para la implementación de ciertas reformas, pudiendo argumentar la obtención de resultados positivos y negativos con respecto de dicha influencia, sin embargo, la necesaria participación de nuestro país en

el ámbito internacional ha provocado de igual manera su adhesión a diversos convenios y acuerdos con base en los cuales requiere de una política *ad hoc* con las circunstancias imperantes en un mundo globalizado.

Así las cosas, la incorporación al texto vigente del artículo 133 constitucional, se debe a la comisión de Constitución que se encargó de analizar la propuesta de Carranza, misma que no contaba con referente alguno relacionado con el actual artículo 133 constitucional.

De esta manera, la comisión lo presentó al Congreso Constituyente en la 54a. sesión ordinaria celebrada el veintiuno de enero de mil novecientos diecisiete, justificando su propuesta con el siguiente dictamen:

"Ciudadanos diputados: El presente dictamen contiene los artículos ... 132 ... Más importante aún es el artículo 123 de la Constitución de 1857, también suprimido en el proyecto, que establece la supremacía de la Ley Constitucional, de las leyes emanadas de ésta y de los tratados hechos por el Ejecutivo con aprobación del Congreso.-La ley americana, en un precepto análogo, hace uso de la expresión enérgica, diciendo que leyes como éstas son la Ley Suprema de la tierra.-Así es entre nosotros también, y el artículo suprimido, además de esa grandiosa declaración, constituye la salvaguardia del Pacto Federal y su lugar preferente respecto de las Constituciones Locales, pues autoriza a los Jueces para ceñirse a aquél a pesar de disposiciones en contrario que pueda haber en éstas.-La comisión ha recogido el artículo y se ha permitido incluirlo en el número 132. ..."

En la 62a. sesión ordinaria, celebrada el veinticinco de enero de mil novecientos diecisiete, fue aprobado por unanimidad de ciento cincuenta y cuatro votos el texto del artículo 132, que originalmente establecía:

"Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

Este fue el texto con el que en definitiva quedaría aprobado el artículo 132; que en el texto final de la Constitución mexicana, mismo que quedó incorporado como artículo 133.

Como se aprecia de la inserción previa, en la implementación de la Constitución de 1917, el constituyente preserva en el artículo 133 constitucional, lo dispuesto por el constituyente de 1857 en cuanto a la participación del Congreso de la Unión en la celebración de tratados internacionales, esta omisión normativa determinaría una de las primeras reformas a realizarse en dicho numeral en el año de 1934, a fin de hacer la corrección correspondiente otorgando al Senado la facultad exclusiva en la aprobación de los tratados internacionales.

Así las cosas, las disposiciones inicialmente planeadas para la Constitución en el ámbito de los acuerdos internacionales y la participación que ha tenido nuestro país en el contexto internacional, han sido superadas con el paso del tiempo, dicha situación no debe adjudicarse a la falta de planeación del constituyente originario, pues nos encontramos en el obvio de que en el momento histórico en el que la

actual Constitución fue promulgada, las preocupaciones eran otras, no la participación que México tendría en el ámbito internacional, sino la manera en que se podría sacar al País de los conflictos internos, encumbrar sus posibilidades de desarrollo y ver por los habitantes del mismo.

#### 1.7. LA EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917.

Podemos decir, con excepción de ciertas reformas de carácter secundario, que el artículo 133 de nuestra Carta Magna, ha permanecido a la fecha sin grandes cambios en su estructura y análisis en cuanto a la celebración de tratados por parte de la nación mexicana, en esta virtud, es importante hacer una recapitulación precisamente al respecto de la historia que ha traído al numeral en estudio, a la redacción que del mismo conocemos en nuestros días.

Por principio de cuentas, es importante resaltar el hecho de que la influencia del derecho anglosajón en cuanto al derecho internacional, ha sido determinante en la forma en que diferentes países regulan en sus constituciones, la manera de llevar sus relaciones internacionales a través de la celebración de tratados internacionales. Así, la reiterada frase inglesa que constituye la regla *the international law is a part of the law of the land* (el derecho internacional es una parte del derecho del país), constituye una tendencia mundial en la aceptación del derecho internacional como parte del interno y entonces, de donde encontramos que la temática en si misma, tiene que enfocarse en el sistema de incorporación de las normas de derecho internacional al derecho positivo de un Estado, determinando en tal virtud, la jerarquía de dichas normas en relación con las demás normas del sistema.

Así las cosas la relación que el artículo 133 en la CPEUM de 1917 tiene con el artículo VI, inciso 2, de la Constitución de los Estados Unidos de América muestra a dicha disposición como inspiradora de la mexicana, pero su interpretación y evolución, así como la tradición jurídica de los países ha dado lugar a que ambos vayan por caminos diferentes en la aplicación de dicha ordenanza constitucional.

El artículo 133 de la CPEUM, plasma el principio de supremacía constitucional, artículo que permaneció intocado diecisiete años hasta el año de 1934 y que ordenaba lo siguiente:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.”

De esta manera, fue en el año en mención que, a instancia de Óscar Rabasa, el artículo fue reformado añadiendo la frase “que estén de acuerdo con la misma”, especificándose asimismo, la aprobación única del Senado en la celebración de tales acuerdos internacionales.

Así las cosas, fue el dieciocho de enero de mil novecientos treinta y cuatro cuando se publicó en el Diario Oficial de la Federación la única reforma que ha sufrido dicho artículo, introduciéndose las siguientes modificaciones: una primera, de estilo, al cambiar la terminología de “hechos y que se hicieren”, referente a los tratados internacionales, por la considerada más técnica de “celebrados y que se celebren”; y una segunda modificación, relativa a la corrección de que los tratados deben ser sometidos a la aprobación no del Congreso, sino del Senado (artículo 76, párrafo 1o.); y una tercera, referente al hecho de que los tratados internacionales deben “estar de acuerdo con la Constitución” para poder ser considerados como Ley Suprema. El veintiocho de octubre de mil

novecientos treinta y tres, fue presentado a la asamblea de la Cámara de Senadores el dictamen de las Comisiones Unidas, Primera de Relaciones y Segunda de Puntos Constitucionales acerca de la iniciativa de Ley de Nacionalidad y Naturalización enviada por el Ejecutivo Federal a dicha representación.

Las comisiones del Senado elaboraron el dictamen en el que expresaron lo siguiente:

"... El Ejecutivo de la Unión, por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores, ha enviado a los miembros de las Comisiones Primera de Relaciones Exteriores y Segunda de Puntos Constitucionales que suscriben, un proyecto de Ley de Nacionalidad y Naturalización. Para llevar a cabo la expedición de esta ley se hace indispensable la reforma de los artículos 30, 37, 73 y 133 de la Constitución Federal, reformas que, por otra parte, han sido ya sometidas a estudio de esta misma comisión; estas dos circunstancias, unidas a la conveniencia indiscutible de que esta ley entre en vigor lo más pronto posible, obligan a las comisiones ponentes a proponer la reforma de los artículos constitucionales ya citados. Como el asunto reviste características múltiples, a continuación vamos a permitirnos hacer algunas explicaciones sobre los motivos fundamentales que hemos tenido en cuenta al proponer esas reformas. ..."

En el dictamen de mérito, se expresaron las razones en que se apoya cada una de las reformas constitucionales propuestas, pues como se aprecia, se propusieron, además de las reformas al artículo 133 constitucional, la de los numerales 30, 37 y 73, respecto de los cuales hubo gran discusión que enriqueció el conocimiento al respecto del sustento a la reforma; sin embargo, al referirse al artículo 133, las comisiones del Senado se limitaron a expresar:

"... Comentemos por último la reforma al artículo 133, que dice: 'Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en la Constitución o leyes de los Estados.'. La reforma de este artículo es más al texto que a su contenido. El artículo actualmente en vigor no especifica que los tratados internacionales, junto con la Constitución y las leyes expedidas por el Congreso, serán la Ley Suprema de la Unión, siempre que estén de acuerdo con la misma. Por esto hemos creído conveniente hacer esta salvedad, pues en caso de conflicto entre las disposiciones contenidas en un tratado internacional y las de la propia Constitución sería difícil, teniendo a la vista los textos constitucionales únicamente, decidir cuál de las dos disposiciones debe prevalecer. Por esto de una manera clara establecemos en este artículo la supremacía de la Constitución. ..."

Como se aprecia de la justificación a la reforma del numeral cuyo estudio nos ocupa, en la misma nos encontramos con el hecho de que el constituyente permanente deja ver su desinterés por la importancia y trascendencia del numeral de cuenta, desinterés sin duda heredado de la propia

Constitución del 17' que, como se refirió previamente, no fue más que una copia de su similar en la Constitución de los Estados Unidos de América.

Así las cosas, estos fueron los únicos razonamientos expresados por los senadores para justificar la reforma al artículo 133 constitucional.

Aprobada así la reforma, la Cámara de Senadores acordó su envío a su colegisladora de Diputados, para los efectos constitucionales correspondientes, donde se le encomendó a la Primera Comisión de Puntos Constitucionales el estudio y dictamen correspondiente. Del Diario de los Debates del diecinueve de diciembre de mil novecientos treinta y tres, se desprende que los señores diputados integrantes de la comisión mencionada, aprobaron la reforma al artículo 133 constitucional bajo el siguiente razonamiento.

"... El Ejecutivo de la Unión, envió a la Honorable Cámara de Senadores del Congreso General una iniciativa de Ley de Nacionalidad y Naturalización que habrá de sustituir a la que actualmente está en vigor; pero como para llevar a cabo la expedición de dicha ley se necesita la reforma de las bases constitucionales que deban sustentarla, dicha Cámara colegisladora aprobó las modificaciones pertinentes a los artículos 30 y 37 de la Constitución que directamente se refieren al asunto, así como las de los artículos 73 y 133 del mismo Pacto Fundamental, por las razones que oportunamente se harán constar. Dichas reformas han pasado a esta Cámara para los efectos de su estudio, discusión y aprobación, en su caso; y para formular dictamen se turnó el expediente a la Comisión de Puntos Constitucionales que suscribe. En el cumplimiento de las determinaciones de vuestra soberanía, pasamos a formular dicho dictamen en la forma siguiente: ... Es obvia la razón que se ha tenido en cuenta para reformar el artículo 133 de la Constitución en la forma propuesta por el Ejecutivo y que el Senado acepta, pues si bien es verdad que los tratados internacionales también son Ley Suprema de la Unión, esto es, en cuanto no estén en pugna con la Ley Fundamental que es la Constitución. ..."

De esta manera, es claro el hecho de que la reforma de mérito no tuvo una gran trascendencia en cuanto al sistema de celebración de tratados internacionales, pues la inclusión que se le hizo al artículo 133 constitucional fue puramente formalista, sin ahondar en la misma, ni en su discusión, en otros aspectos de fondo que pudieran proveer de mayores elementos para realizar un estudio más completo.

Así las cosas, es importante señalar que el sistema establecido por virtud del artículo 133 constitucional, no ha tenido en nuestro país, por obvias razones, la misma evolución que en el país modelo para la implementación de nuestro sistema de supremacía constitucional, pues encontramos a la fecha el hecho de que la Constitución Mexicana, no se ve sustentada en poderes fuertes que den un real posicionamiento al pacto federal, ni en entidades federativas que privilegien la situación en la que se encuentran, con lo que nos encontramos con una Nación que tiene una Constitución que inclusive ha sido reconocida mundialmente , pero sin un sistema de poderes que vele efectivamente por su real aplicación.

## 1.8. LAS FACULTADES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LA ACTUALIDAD EN MATERIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES Y ACTOS DE AUTORIDAD.

Para poder hablar de la implementación de nuevos procedimientos de revisión de constitucionalidad de los órdenes normativos generales, debemos echar un vistazo al pasado de nuestras instituciones, ¿cómo hablar del presente y futuro del sistema de control de constitucionalidad de leyes sin antes contemplar como es que nació éste y porqué ha llegado hasta nuestros días como lo conocemos? Así las cosas, procedemos:

Cuando México se independiza de la Nueva España, surge a la vida jurídica como una nación dañada e ignorante de la manera en la que había de autorregularse, esta cualidad de nuestro país, hizo que muchos de los juristas de entonces voltearan hacia los Estados Unidos de América, nación independiente desde el siglo pasado a la independencia de nuestro país, a efecto de contemplar el avance que dicha nación había tenido con sustento en instituciones democráticas y en la cooperación entre las ex colonias inglesas constituidas en una Federación.

La democracia norteamericana, envidiada aún por las naciones más avanzadas de Europa, había sido modelo para nuestro orden constitucional, el propio Alexis de Tocqueville en su obra "La democracia en América", hace las siguientes afirmaciones:

"Hay un país en el mundo, en el cual la gran revolución social de que vengo hablando, parece haber alcanzado casi por completo su natural extensión; allí se ha realizado de una manera sencilla y fácil, y más bien se podría decir que tal país goza de los resultados de la revolución democrática que se realiza entre nosotros, sin haber experimentado la revolución en sí misma -Los emigrantes que fueron a establecerse en América al comenzar el siglo XVII, separaron en cierto modo la democracia de todo aquello contra lo cual luchaban en el seno de las viejas sociedades de la Europa, y la trasplantaron sola a las costas del Nuevo Mundo. Allí ha podido la democracia fomentar su libertad y, marchando con las costumbres, desenvolverse pacíficamente en las leyes."<sup>11</sup>

En este orden de ideas, era lógico que siendo el norteamericano un sistema innovador, fuera tomado como modelo para el establecimiento de las normas constitucionales de nuestro país, y precisamente una de las características de este modelo sería implementada en México de idéntica manera que en la Constitución Norteamericana: el principio de supremacía de la Constitución.

Así las cosas, el pueblo entrega la propia soberanía (difícilmente ejercible por millones de ciudadanos) no en los órganos de gobierno, pues éstos son precisamente lo que su nombre refiere: órganos, sino en el documento maestro de organización de nuestro país: La Constitución, afirmación que ha sido múltiplemente referida por diversidad de autores, entre los cuales podemos destacar a Hans Kelsen, quien sostiene:

"Sólo un orden normativo puede ser soberano, es decir, autoridad suprema, o última razón de validez de las normas que un individuo está autorizado a expedir con el carácter de mandatos, y que otros individuos están obligados

<sup>11</sup> Alexis de Tocqueville citado por CASTRO Juventino V. Op. cit., p. 2.

a obedecer. El poder físico, que es un fenómeno natural, nunca puede ser soberano en el sentido propio del término.”<sup>12</sup>

En esta tesitura, del conglomerado de ideas existente en el que se refiere inclusive la inexistencia que ciertos autores sostienen de la soberanía del Estado, podremos afirmar que este atributo reside en el momento de establecimiento de una Constitución, en la propia Constitución, aún y cuando a la fecha haya quien pretenda sostener que son los órganos de gobierno los soberanos, cuando éstos son sólo órganos de gobierno, que deben de actuar conforme a las bases previamente establecidas para tal efecto, y a este respecto, permítaseme hacer una referencia bíblica que, al hablar de la mujer y el hombre, señala que ésta es el cuerpo, más aquel la cabeza, ubicando en equivalencia de condiciones a la Constitución como cabeza y a los órganos de gobierno como el cuerpo de esta Nación.

No obstante, hemos de señalar que el hecho de que la Constitución sea soberana ha provocado que en la práctica sea el Estado, o mejor dicho los órganos que llevan a cabo las funciones encomendadas a éste, el que se crea el soberano, de manera que en la ejecución de ciertas facultades, es clara la apreciación de que las manos y pies están golpeando a la cabeza ¡y sin consecuencia o control alguno!, pues el constituyente planeó en un principio un sistema de protección constitucional para los gobernados, sistema que protege sus derechos constitucionalmente garantizados, lo que da lugar a la protección, reitero, del individuo, pero no así de la propia Constitución, atendiendo el hecho de que es ésta la verdaderamente soberana.

Precisamente a este respecto, no podemos dejar de lado el argumento sostenido por el constitucionalista Felipe Tena Ramírez<sup>13</sup>, quien sostiene el hecho de que los poderes públicos, al ser creados por la Constitución, no son soberanos; así en su mecanismo interno en virtud de la fragmentación de la autoridad; así con respecto de los individuos, quienes ven protegidos sus intereses por la propia Constitución en un valladar que no puede arbitrariamente salvar el poder público, sin embargo, hemos de sostener el hecho de que inclusive la afirmación del jurista previamente mencionado, a la fecha se encuentra amenazada por virtud de la celebración de tratados internacionales, dispositivos que no respetan disposición interna alguna al entrar en vigor en virtud de las convenciones a las que nuestro país se ha visto en la necesidad de adherirse.

No obstante, hemos de sostener el hecho de que la implementación de los poderes constituidos por parte de la Constitución, en atención al principio enarbolado por el tratadista Rousseau, obedece a un sistema de control en el ejercicio del poder de manera que el Estado debe necesariamente observar el equilibrio entre dichos poderes a fin de que ninguno de ellos sobrepase los límites de sus facultades, y es en este punto en el que podemos apreciar que uno de los poderes constituidos ha sido sopesado a lo largo de este tiempo, frente al avance que van teniendo el Ejecutivo y el Legislativo, y hablamos precisamente del poder a quien se encomienda en primer término la defensa de la Constitución: El Judicial.

Ya lo decía Lord Bryce en la obra *La República Americana*, al sostener al respecto de la Suprema Corte Norteamericana el hecho de que ésta

---

<sup>12</sup> Kelsen, Hans. *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO*. Porrúa UNAM, México 1949, p. 404.

<sup>13</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe. *DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO*, Editorial Porrúa, 37ª ed., México 2005, p. 8.

"es la voz de la Constitución, esto es, de la voluntad del pueblo, de quien es expresión a su vez la ley fundamental que él ha votado. Es por ello la Corte, la conciencia del pueblo. Resuelto a preservarse asimismo de todo acto injusto e irreflexivo, el pueblo ha colocado por encima de sus mandatarios una ley permanente, que es el seguro de la minoría. Es esa ley la que la minoría puede invocar cuando está amenazada por la mayoría, y es en la Corte colocada más allá de los asaltos de las facciones, donde encuentra su intérprete y su defensor. Para estar a la altura de tan importantes funciones, la Corte debe ser tan firme como la Constitución. Su espíritu y su tono deben ser los del pueblo, en sus momentos más felices. Es preciso que resista a los impulsos transitorios y con mayor firmeza si aumentan en vigor. Amurallada detrás de defensas inexpugnables, debe al mismo tiempo desafiar los ataques abiertos de los otros órganos del gobierno y las seducciones, más peligrosas por impalpables, del sentimiento popular."<sup>14</sup>

Así las cosas, con la finalidad de sentar las bases de actuación de la Corte, al respecto de la primera de las instituciones encargadas de la defensa de la Constitución, a decir, el juicio de amparo, deberemos referir en primera instancia las facultades que han sido conferidas al Poder Judicial de la Federación por virtud del mandato constitucional en una supuesta defensa de la Constitución, refieren más una defensa de los ciudadanos así como de los niveles de gobierno, que de la propia Constitución, tal y como se explicará en el desarrollo del tema correspondiente.

No obstante, en los últimos años se ha visto una tendencia a la usanza europea de los tribunales constitucionales respecto de la cual nuestra SCJN, (actualmente renombrado con el apelativo europeo referido) ha sido dotada de mayores facultades que hacen de ésta, una Corte con mayor fuerza que efectivamente se acerca al cumplimiento de estos propósitos, nos referimos a las reformas constitucionales de 1994, mismas que dieron vida a las instituciones denominadas Acción de Inconstitucionalidad y Controversias Constitucionales, las cuales representan para nuestro país, un gran avance en el fortalecimiento del Estado de Derecho sustentado primordialmente y como debe de ser, en la CPEUM.

En este orden de ideas, se procede a referir, de manera somera por no ser este el tema principal de nuestro trabajo, los sistemas de control constitucional que han sido planeados por nuestra Carta Magna, debemos analizar los cimientos del edificio para reconstituir la estructura de éste, en virtud de lo cual procedo a efectuar un análisis de los sistemas constitucionalmente establecidos de protección de los derechos, y las facultades, constitucionalmente reconocidos a los individuos, así como a los órganos de gobierno.

#### 1.8.1. EL JUICIO DE AMPARO.

Los artículos 103 y 107 constitucionales, son continentes de una institución innovadora, que fuera propuesta por el yucateco Manuel Crescencio Rejón en la elaboración de la Constitución Yucateca, para luego pasar a ser parte de la Constitución de la Federación Mexicana, el también llamado Juicio de Garantías.

---

<sup>14</sup>LORD BRYCE. THE AMERICAN COMMONWEALTH, <http://www.firstworldwar.com/bio/bryce.htm>.

El 23 de diciembre de 1841, en el Proyecto de Reformas a la Constitución Política del Estado de Yucatán, Manuel Crescencio Rejón, Pedro C. Pérez y Darío Escalante<sup>15</sup> propusieron la inserción en dicha Constitución de varias garantías individuales, así las cosas, la Constitución yucateca debía de igual manera establecer un medio para proteger y garantizar el ejercicio de los derechos constitucionalmente establecidos.

Este sistema de protección, denominado amparo, era susceptible de ser activado en contra de leyes o decretos de la legislatura que fueran contrarios a la Constitución local, o contra los actos del Ejecutivo, cuando se hubiere infringido la Constitución o las leyes; de igual manera, los jueces de primera instancia podían conocer del juicio cuando se promoviera en contra de actos del Poder Judicial, y contra los actos de los jueces de primera instancia en cuyo caso era competente el superior de dicho órgano para conocer del asunto.

El sistema de amparo toma como punto de partida el hecho de que el mandato constitucional se encuentra precisamente dirigido a la autoridad, al ser ésta la persona autorizada para ejercer el poder público, así pues, dicha función se ejercita a través de un mandato que la propia Constitución da a los poderes públicos y, en tal virtud, éstos se ven obligados a respetarla y acatarla en todo lo que disponga.

En esta virtud, quien manda debe estar dotado de un poder de imperio, por lo cual la autoridad cuenta con la fuerza pública para hacer cumplir sus disposiciones. Es claro el hecho de que sin esta facultad coactiva las autoridades no tendrían la seguridad en la realización de sus funciones.

No obstante, el poder público se ve igualmente obligado por el mandato constitucional a respetar los derechos subjetivos garantizados por la Carta Suprema, así, la acción de amparo se ve siempre dirigida en contra de autoridades que supuestamente han violado garantías constitucionales en atención a uno de los principios puntales del sistema de amparo mexicano, como lo es el de instancia de parte agraviada.

Precisamente al respecto de los principios que han sustentado al Juicio de Amparo desde 1857 y hasta la fecha (algunos de los cuales ya no se encuentran en vigor), debemos hacer mención de los siguientes:<sup>16</sup>

- Iniciativa o instancia de parte agraviada.
- Prosecución judicial del amparo.
- Relatividad de los efectos de la sentencia de amparo.
- Definitividad del acto reclamado.
- Estricto derecho (implícito) y excepción (expresa) de la suplencia de la deficiencia de la queja en materia penal cuando hubiese contra el quejoso una violación manifiesta de la ley que lo hubiera dejado sin defensa.
- Procedencia del juicio de amparo directo, cuyo conocimiento exclusivo era de la SCJN.
- Procedencia del juicio de amparo indirecto ante Juez de Distrito.
- Suspensión del acto reclamado.
- Recurso de revisión contra sentencias dictadas en amparo indirecto.
- Jurisdicción concurrente.

<sup>15</sup> CHAVEZ CASTILLO, Raúl. JUICIO DE AMPARO. Oxford, 3a. ed., México 2002, p. 20.

<sup>16</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio, citado por CHAVEZ CASTILLO, Raúl. Op. cit. p. 20.

- Competencia auxiliar y responsabilidad de las autoridades.
- Existencia del agravio personal y directo.
- Recurso de revisión contra sentencias dictadas en amparo directo (sólo en casos excepcionales)
- Jurisprudencia por contradicción de tesis.
- Sobreseimiento del amparo por inactividad procesal o caducidad de la instancia.
- Intervención en todos los juicios de amparo del Procurador General de la República, por sí o por medio de sus agentes.
- Suplencia de la deficiencia de la queja (artículo 107, fracción II, de la CPEUM).

Así las cosas, es posible sostener el hecho de que el juicio de amparo es un proceso constitucional de protección de los derechos mínimos establecidos en la Carta Magna, mediante el cual el Poder Judicial de la Federación garantiza el respeto irrestricto de tales derechos en contra de los actos de autoridades municipales, federativas o federales. La procedencia de dicha vía se encuentra regulada primeramente en los artículos 103 y 107 constitucionales, rigiéndose en sus aspectos sustantivo y adjetivo, por la Ley reglamentaria de dichos artículos, así como por la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

La evolución de este sistema constitucionalmente establecido, ha sido prácticamente en el ámbito adjetivo, más que en el sustantivo, en virtud que el control de constitucionalidad de actos de la autoridad del Estado ha estado basado fundamentalmente en la defensa de las garantías constitucionales, opinión que comparte el propio Juventino V. Castro, sosteniendo inclusive que esta institución forma parte de un insuficiente control de la constitucionalidad en nuestro país<sup>17</sup>.

A este respecto, no pasa desapercibido para este sustentante el hecho de que el artículo 103 de la CPEUM, establece, en tres fracciones, situaciones diversas, que podrían parecer contradictorias de la afirmación referente a que el amparo sólo protege a las garantías individuales, situación que se afirma además por el hecho de que el amparo ha sido tratado en la práctica como un sistema de protección del individuo, por virtud de lo cual encuentra sustento la afirmación a que se ha hecho referencia en líneas anteriores, pero para poder analizar de una manera más acuciosa el numeral de que se trata y en específico las fracciones a que se hace referencia, procedamos a realizar su lectura.

“Artículo 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I.- Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;
- II.- Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y
- III.- Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.”

Como se aprecia de la transcripción antecedente, las fracciones II y III del numeral de referencia, de las mismas podemos sostener que el amparo regulado por el artículo 103 de la Constitución General de la República adquiere diversos matices en su aplicación, se dice esto en virtud que la institución de amparo desde sus orígenes en la Constitución de 1857, parecía contemplar una institución ortodoxa por la estricta violación de garantías individuales, y otra institución singular de amparo respecto de la cual

---

<sup>17</sup> V. CASTRO, Juventino. Op. cit. p. 18.

se podía plantear la invasión de atribuciones entre la Federación y los Estados, así como respecto del Distrito Federal.

Esta controversia, respecto de la cual un servidor considera que el amparo sería al día de hoy una solución que permitiría el perfeccionamiento del sistema proteccionista establecido en la Constitución, aunado a las reformas al artículo 105 de la misma, generó y sigue generando diversas opiniones, mismas que basan su principal argumento en el hecho de que la doctrina individualista terminó por anular los efectos generales que efectivamente pretendía tener la institución del amparo en nuestro país, pues precisamente la trillada frase en cuanto a que la sentencia que se dicte en dichos juicios *solo se ocupe de individuos particulares* (afirmación que luego se vuelve un mandato constitucional en el texto del artículo 107 de la Ley Suprema) dejó sin efectos las fracciones II y III previamente referidas, sin obstar el hecho de que la propia SCJN, ha sostenido al respecto del juicio de amparo, *que quisieron establecer éste, tan sólo para la protección de las garantías individuales*.<sup>18</sup>, opinión que no comparte este sustentante pues de lo contrario encontraríamos que las restantes fracciones del artículo 103 constitucional resultan inútiles, pues si la única función es proteger al particular, hubiese bastado la fracción I del numeral de referencia, toda vez que por virtud del mismo inclusive todo el texto constitucional queda protegido (no debe pasar desapercibido el hecho de que los artículos 14 y 16 constitucionales, garantizan dentro de la legalidad de los actos de autoridad, la competencia con que dichos actos han sido emitidos).

Y precisamente a este respecto, permítaseme citar a José Ramón Palacios, el cual siendo citado a su vez por Juventino V. Castro en su obra "El artículo 105 constitucional"<sup>19</sup>, sostiene lo siguiente:

"Los artículos 22 y 25 que daban en 1847 competencia política para la nulidad de leyes, fueron eliminados en 1857; pero quedó la idea central, el centro del concepto, la realidad inocultable, de que podría haber al lado de leyes violatorias de garantías constitucionales, otras leyes distintas, diversas, separadas de éstas, que por pugnar contra la Constitución Federal deberían ser anuladas; leyes reclamables por el Estado contra la Federación, o de la Federación contra un Estado. Si el artículo 102 de 1857 hubiera sido verdaderamente válido en toda su extensión literal, entonces sobraban por redundantes las fracciones II y III del artículo anterior, ya que si solamente los individuos podían obtener la protección contra las leyes inconstitucionales -por violación de sus garantías-, no había porque mencionar las leyes locales o federales invasoras de soberanía -soberanía distinta de la garantía modestamente individual-. Menos aún era lógico otorgar competencia a la Justicia Federal -con la ley reglamentaria- para decidir esas cuestiones de soberanía superior a las garantías."

En este orden de ideas encontramos un amparo conforme al cual los tribunales de la Federación se vieron investidos de facultades efectivas de protección de la Constitución, no obstante, a la fecha y como consecuencia de la estricta aplicación que incluso el propio Poder Judicial Federal ha hecho respecto del principio de relatividad de las sentencias por virtud del agravio personal y directo causado, la acción de amparo deviene en un proceso constitucional cuya función primordial es únicamente la

<sup>18</sup> Tesis 62 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Primera Parte, p. 133.

<sup>19</sup> V. CASTRO, Juventino Op. cit. p. 27.

protección del individuo, reitero, no así de la Constitución, o a lo más, del capítulo de garantías individuales de la Constitución.

En lo referente a las fracciones II y III del arto 103 constitucional, debe decirse que estos son los casos que en doctrina y en la práctica se les denomina "invasión de esferas", pero que necesariamente tendrá que promoverlo el gobernado y siempre que haya violación a sus garantías individuales, así como lo ha sostenido nuestro más alto tribunal de la Federación en la Tesis Jurisprudencial100, publicada en la p. 189 de la primera parte, correspondiente al Pleno de la SCJN y que aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1988, que textualmente expresa:

"INVASIÓN DE ESFERAS DE LA FEDERACIÓN A LOS ESTADOS Y VICEVERSA, AMPARO POR. El juicio de amparo fue establecido por el arto 103 constitucional, no para resguardar todo el cuerpo de la propia Constitución, sino para proteger las garantías individuales, y las fracs. n y nI del precepto mencionado, deben entenderse en el sentido de que sólo puede reclamarse en el juicio de garantías una ley federal, cuando invada o restrinja la soberanía de los estados, o de éstos, si invade la esfera de la autoridad federal, cuando existe un particular quejoso, que reclame violación de garantías individuales en un caso concreto de ejecución o con motivo de tales invasiones o restricciones de soberanía constituyente hubiese querido conceder la facultad de pedir amparo para proteger cualquier violación a la Constitución, aunque no se tradujese en una lesión particular lo hubiese establecido de una manera clara, pero no fue así, pues al través de las Constituciones de 1857 y 1917, y de los proyectos constitucionales y actas de reforma que las precedieron, se advierte que los legisladores, conociendo ya los diversos sistemas de control que pueden ponerse en juego para remediar las violaciones a la Constitución, no quisieron dotar al poder Judicial federal de facultades omnímodas, para oponerse a todas las providencias inconstitucionales, por medio del juicio de amparo, sino que quisieron establecer éste, tan sólo para la protección y goce de las garantías individuales."

Cabe hacer notar que con la reforma que se formuló a la fracción que se analiza, por decreto publicado en el Diario Oficial de 31 diciembre de 1994, se incluye al Distrito Federal, como órgano o autoridad que puede invadir la esfera de la Federación o viceversa; reforma que se efectuó en función de la creación de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal que la Constitución le otorga facultades para legislar en determinadas materias, conforme a lo que dispone el arto 122 de dicha ley fundamental, por lo cual, es evidente que podría invadir la esfera de la Federación y *contrario sensu*, ésta también puede invadir la esfera del Distrito Federal, por carecer de alguna de las facultades que antes tenía para legislar y reglamentar lo relativo al Distrito Federal.

Luego entonces, como se aprecia de la inserción jurisprudencial previa, es de sostenerse el hecho de que la propia Corte supeditó su actuar a la existencia del agravio personal y directo con base en el cual, la propia declaratoria de inconstitucionalidad, en caso de proceder la misma, tendría los mismos efectos, sin embargo, hemos de señalar que esta situación tiene en sí misma la semilla del fracaso y la vergüenza así observada por un servidor, en un sistema de impartición de justicia que se precia de proteger a unos cuantos basándose en la audacia del abogado defensor, cuando no en las posibilidades económicas de quienes cuentan con los recursos para contratar a este tipo de abogados, de donde

parece ser que a la fecha hemos olvidado una cosa: la ley se hizo para el pueblo, no para los abogados, ni contadores, ni ninguna otra clase de profesión aún en un país en donde la carencia de una cultura, ya no jurídica, sino general, es visible todos los días inclusive por aquellas personas que han terminado una carrera profesional.

No obstante, no es propósito de esta tesis criticar la institución del amparo mexicano, institución novedosa y revolucionaria que fue la precursora en el acompañamiento a la primer Constitución social del mundo, la mexicana de 1917.

El segundo de los numerales de la Constitución reguladores de la institución de amparo, como se ha mencionado con antelación, lo es el artículo 107 de nuestra CPEUM, continente en lo general de los principios básicos de aplicación de la institución de que se viene hablando y respecto de los cuales se ha hecho la previa referencia y mención, no obstante, especial atención merece para este sustentante la fracción II del numeral señalado que a la letra dispone

“Artículo 107. Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

(...)

II.- La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare;

(...)”

Es esta una pequeña parte del numeral a que se ha hecho referencia, y no es restar la importancia que tiene el mencionado numeral en su integridad, sino llevar a cabo un análisis de las bases propias de la institución, tomando en cuenta que gran parte del artículo 107 constitucional ha sufrido diversas reformas a lo largo de su existencia, en virtud de lo cual, debe resaltarse precisamente el candado que el artículo 107 coloca al amparo planeado en el artículo 103 de la CPEUM, al sostener el principio de relatividad de las sentencias, principio respecto del cual hemos escuchado reiteradamente que la institución tiene como finalidad el que el Poder Judicial no se vuelva un poder Legislativo, que efectivamente no lo sería, pero que a la vez podremos encontrar que nuestro Poder Judicial protege sólo al individuo y de igual manera el llamado Tribunal Constitucional de nuestro país con base en las reformas constitucionales que dieron lugar a la inclusión de las acciones de inconstitucionalidad de leyes y controversias constitucionales en el artículo 105 de la Constitución Federal, situación que hace del poder judicial, un mero servidor de los otros dos poderes, no así el servidor de la Constitución, como lo debería de ser y como su propia naturaleza exige que sea: un órgano del Estado dentro de la división de poderes que se encuentre en el mismo plano de la balanza de dirección del país.

Así, es de reiterarse el hecho de que el amparo en nuestro país como puntal en el cumplimiento del Estado de Derecho, representa efectivamente una de las aportaciones más importantes de la doctrina jurídica mexicana para el mundo, el cual inclusive ha sido tomado en otros países y respecto del cual ha sido aceptada inclusive la inclusión del término amparo como definición universal de este tipo de institución, no obstante, hemos de sostener que la misma, al igual que toda creación del ser humano, es imperfecta y en tal virtud, perfectible, y a este respecto, permítaseme retomar la opinión de Juventino V. Castro, quien en su obra “El artículo 105 constitucional” refiere en el tenor de ideas expuesto en líneas anteriores, lo siguiente:

"Si se determina por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que una ley contradice a la Constitución, evaluando así en esencia el vicio fundamental de esa norma general, pero agregándose que solamente debe considerarse como inconstitucional respecto de una persona concreta que interpuso la acción de amparo, o de otras personas que también interpusieron demanda por separado, y que obtuvieron igualmente sentencia favorable, en este caso los efectos serán relativos, y sólo son beneficiosos para los que litigaron. A pesar de esto si se aplica esta ley inconstitucional (puesto que así lo ha determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin que su declaratoria admita recurso o procedimiento en contrario), a todas las personas que no accionaron, que no se inconformaron o que fueron torpes en su impugnación; dichas personas deben someterse sin pretextos a la ley inconstitucional. Bajo esta perspectiva tendríamos que llegar a la lógica conclusión de que esa ley no es general ni abstracta porque se precisa individualmente a aquellas personas que no deben acatarla, sosteniéndose además que los demás si deben someterse a esa norma que contradice la Ley Fundamental del país."<sup>20</sup>

Así las cosas, es válido señalar que el derecho de amparo se enfoca en los derechos libertarios contenidos en la Constitución, para que no queden indeterminados e indefinidos de esta manera por una conceptualización meramente filosófica.

No obstante, la acción de amparo conforme al entendimiento que de la misma se tiene en nuestro orden constitucional, no protege a todo el orden establecido por nuestra Carta Magna, la sola división de ésta en su parte dogmática y orgánica, hace que dicha actuación competa únicamente a aquellos ciudadanos que han sido vejados en sus garantías individuales, no así, en otro tipo de acciones relativas a la llamada parte orgánica de la Constitución.

Esta situación ha traído en los últimos años una significación muy especial, pues ha habido casos en los que la SCJN sostiene el hecho de que ciertas ordenanzas en la Carta Suprema no pueden ser sustento de una acción de amparo.

Este hecho ha originado la emisión de criterios encontrados por parte del Poder Judicial en los que ha señalado por una parte que las garantías constitucionales no necesariamente se encuentran dentro de los primeros veintinueve artículos de nuestra Carta Magna –en referencia al texto del artículo 31, fracción IV, de la Constitución- mientras que por otro lado, ha señalado como ejemplo a los derechos políticos, como parte de esos derechos que no conforman una garantía.

Así las cosas, es preciso señalar que el sistema de amparo no contempla la defensa de toda la Constitución, sino solamente de las garantías que en ella se enuncian (así como de aquellas que el Poder Judicial de la Federación reconoce como tales).

#### 1.8.2. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

La fracción II del artículo 105 constitucional consagra las denominadas acciones de inconstitucionalidad, este tipo de procedimientos representa para efectos del control de

---

<sup>20</sup> V. CASTRO, Juventino Op. cit. p. 33.

constitucionalidad de los actos del poder público, una innovación en el sistema jurídico mexicano, al establecerse la posibilidad de plantear éstas ante nuestro más alto tribunal por parte de cuerpos legislativos minoritarios o, en su caso por el Procurador General de la República, en los que se controvierte la posible contradicción de una norma de carácter general o un tratado internacional y la Constitución Federal, exigiéndose en tal virtud la invalidación de la norma contraria al texto constitucional.

A este respecto, es importante señalar que la acción de inconstitucionalidad es únicamente ejercitable en contra de normas de carácter general, que no así de actos realizados por entes públicos, como si se materializa en el caso de las controversias constitucionales.

Esta interpretación ha sido inclusive aceptada por la cabeza del Poder Judicial de la Federación, en la jurisprudencia del Pleno P./J. 22/99, intitulada ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SÓLO PROCEDE CONTRA NORMAS GENERALES QUE TENGAN EL CARÁCTER DE LEYES O DE TRATADOS INTERNACIONALES, de la cual se aprecia en su texto, lo siguiente:

"ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SÓLO PROCEDE CONTRA NORMAS GENERALES QUE TENGAN EL CARÁCTER DE LEYES O DE TRATADOS INTERNACIONALES. Del análisis y la interpretación de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que: a) Si las acciones de inconstitucionalidad tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, entonces sólo son procedentes contra normas de carácter general; b) En el propio precepto se habla sólo de leyes y tratados internacionales entendidos como normas de carácter general. Consecuentemente, las acciones de inconstitucionalidad proceden contra normas de carácter general, pero no contra cualquiera de éstas, sino sólo contra aquellas que tengan el carácter de leyes, o bien, de tratados internacionales. En iguales términos, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, tratándose de acciones de inconstitucionalidad, se refiere únicamente a normas generales, leyes y tratados internacionales; por lo tanto, también debe concluirse que prevé la procedencia de las acciones de inconstitucionalidad exclusivamente en contra de esas normas. La intención del Constituyente Permanente, al establecer las acciones de inconstitucionalidad, fue la de instituir un procedimiento mediante el cual se pudiera confrontar una norma de carácter general con la Constitución y que la sentencia que se dictara tuviera efectos generales, a diferencia de lo que sucede con el juicio de amparo, en el que la sentencia sólo tiene efectos para las partes. No puede aceptarse su procedencia contra normas diversas, ya que en tales casos, por la propia naturaleza del acto combatido, la sentencia no tiene efectos generales, sino relativos. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59 y 19, fracción VIII, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el artículo 10. de la misma ley y con la fracción II del artículo 105 constitucional, las acciones de inconstitucionalidad sólo son procedentes contra normas de carácter general, es decir leyes o tratados, y son improcedentes en contra de actos que no tengan tal carácter."

En esta tesitura, encontramos que la jurisprudencia de mérito declara en un carácter limitativo de la norma, los ámbitos en los que procederá la acción de inconstitucionalidad, pudiendo igualmente hablar inclusive de las constituciones de las entidades federativas, por virtud de la contradicción que éstas pudieran tener con el texto de la Constitución Federal.

Asimismo, de nueva cuenta encontramos que la institución de referencia no puede ser planteada por particulares agraviados o posibles lesionados por una norma jurídica que aprecien contraria a la Constitución, el planteamiento de la acción correspondiente se consagra únicamente en beneficio de ciertos grupos o cuerpos legislativos minoritarios, ya sea de la federación o de las entidades federativas, ciertos partidos políticos, o el Procurador General de la República.

Así las cosas, es posible señalar que este tipo de acción representa una segunda oportunidad – que sólo obedecerá a criterios jurídico constitucionales- para una minoría que no logró hacer valer de manera efectiva su opinión al respecto de la procedencia o no en la implementación de cierta norma mediante el análisis y discusión democrática y ante una votación mayoritaria, y en tal virtud, ve la posibilidad de que la norma aceptada sea anulada por la SCJN en virtud de las posibles contrariedades que pudiera tener con la Constitución General de la República y únicamente por ellas.

Es precisamente en este punto en el que la impugnación de normas inconstitucionales se aprecia lógica y hasta necesaria como auxilio a las minorías que no pudieron hacer valer su dicho en la discusión congresional y que apreciaron ciertas inconsistencias en la ley que son contrarias al mandato constitucional, a efecto de que una la mayoría, por más que sea la mayoría, no pueda ir en contra de la Ley Máxima de la Nación.

Los órganos legitimados para la interposición de acciones de inconstitucionalidad son variados en cuanto al tipo de normas que se deben impugnar, así las cosas, podemos apreciar los siguientes rubros de impugnación:

En el caso de leyes federales, o del Distrito Federal que se consideren inconstitucionales, las impugnaciones pueden ser planteadas por el treinta y tres por ciento de los diputados, el mismo número de los senadores, así como por el Procurador General de la República.

Asimismo, los partidos con registro federal pueden impugnar tanto las leyes federales como las locales. En el caso de partidos únicamente con registro local, éstos sólo podrán impugnar normas electorales expedidas por el órgano legislativo que les otorgó el registro correspondiente.

Al respecto de impugnaciones de leyes de las entidades federativas, están legitimados para tal efecto el 33 por ciento de los integrantes de los órganos legislativos de las entidades federativas que hubieren emitido la ley, así como el Procurador General de la República.

Por otro lado, en el caso de impugnaciones de leyes expedidas por el Distrito Federal, se habla en la ley de la legitimación del treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, y de nueva cuenta, el Procurador General de la República.

Ya en el caso de Tratados Internacionales, se establece en la ley reglamentaria del artículo 105 constitucional la posibilidad de impugnación de los mismos por parte tanto del treinta y tres por ciento

de los integrantes de la Cámara de Senadores, así como por parte del Procurador General de la República.

En cuanto a la mención de los grupos legislativos minoritarios, es necesario hacer mención al respecto de que la impugnación de normas de carácter general puede llevarse a cabo únicamente por las minorías legitimadas que hayan perdido la votación de la ley.

En este orden de ideas, como se aprecia del análisis referente a los sujetos legitimados para llevar a cabo la impugnación de normas federales, locales, del distrito federal o electorales, la única constante en la impugnación de tales normas es la participación del Procurador General de la República, quien está legitimado para actuar en cualquiera de estos procedimientos, salvo en el caso de procedimientos iniciados en contra de leyes electorales federales o de las entidades federativas.

En materia de sentencias, las disposiciones que al respecto establece la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional, son comunes tanto para la controversia constitucional, como para las acciones de inconstitucionalidad, en ambos casos el trámite de los asuntos correspondientes se asigna a un Ministro instructor que encuentra en la ley diversos requisitos con los que debe de cumplir en la elaboración del proyecto de sentencia, en los términos que se señalan en el artículo 41 de la ley, mismos que se exponen a continuación.

Señala el numeral de referencia, que deberá haber una fijación breve y precisa de las normas generales o actos objeto de la controversia, y en su caso, la apreciación de las pruebas conducentes a tenerlos o no por demostrados (tomando en cuenta que en el caso de acciones de inconstitucionalidad sólo se permite la impugnación de normas generales).

Asimismo, se reitera el mandato constitucional contenido en el numeral 14 de la Carta Magna, numeral aplicable como garante del derecho a la obtención de justicia a través de los tribunales establecidos, mediante la emisión de resoluciones que se encuentren basadas en la ley vigente al momento de la interposición de tales juicios, al establecerse que las sentencias dictadas en este tipo de juicios deberán fijar precisamente los numerales en que se fundamenta la sentencia de mérito, así como las consideraciones que sustenten el sentido de las sentencias y los preceptos de la Constitución que se consideren violados.

Por otro lado, se refiere la necesidad de establecimiento de los alcances y efectos de las sentencias, requisitos cuya materialización importa el señalamiento de los órganos que deberán de acatar el fallo, los elementos necesarios para la plena eficacia de la invalidez declarada si es el caso; y la extensión de la validez de la norma general invalidada, así como su extensión a otras normas.

Junto con los requisitos previamente señalados encontramos de igual manera la obligación generalmente aceptada en el dictado de resoluciones por parte de órganos jurisdiccionales, de incluir los puntos resolutive de la sentencia fijándose, en su caso, el término para el cumplimiento de las actuaciones y de los efectos de la sentencia, a este respecto, no debe dejar de apreciarse que la Corte se encuentra en posibilidad de determinar el momento a partir del cual la sentencia dictada en este tipo de procedimientos tendrá efectos, en cuyo caso nos encontramos en la presencia de sentencias que bien pueden tener efectos *ex tunc* (retroactivas) o *ex nunc* (en adelante).

### 1.8.3. LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL.

Esta institución, previamente planeada por la Constitución de 1917, ve nueva luz junto con una innovadora acción de inconstitucionalidad a finales del año de 1994, mediante la reforma al artículo 105 constitucional, a la fecha han sido emitidas innumerables interpretaciones por parte del Poder Judicial de la Federación, que han enriquecido y aclarado la aplicación de las instituciones referidas, por lo primero, es importante hacer el señalamiento de que es una institución que, en el contexto social y político que vive nuestro país, se encuentra fuera de las manos del pueblo, pues en sí, son sólo ejercitables por parte de la Federación, una Entidad Federativa, o un municipio y el Distrito Federal; el Poder Ejecutivo de la Federación, el Congreso de la Unión, indistintamente respecto de las cámaras que lo integran, los poderes de una misma entidad federativa y los órganos de gobierno del Distrito Federal.

Dentro de los antecedentes históricos de esta disposición, encontramos como principal punto de referencia, el texto original de las Constituciones de 1857 y 1917, redactados en los siguientes términos:

De la Constitución de 1857 en su artículo 98.-

“Corresponde a la Suprema Corte de Justicia desde la primera instancia, el conocimiento de las controversias que se susciten de un Estado con otro, y de aquellas en que la Unión fuere parte.”

Por su parte, el artículo 105 de la Constitución de 1917 establecía en su texto original.-

“Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, o de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquellos en que la Federación fuese parte.”

Al parecer, en el contexto histórico en el que se dio vida al numeral de referencia (hablando de la Constitución del '17) éste dio lugar a diversas controversias al respecto de si la institución de referencia daba lugar a la participación de la SCJN en toda controversia en que la Federación fuere parte, inclusive aquellas en que lo fuere como contraparte de particulares; sin embargo, la interpretación que al respecto hiciera la SCJN mediante la emisión de diversos criterios jurisprudenciales, sostendría el hecho de que el artículo 105 constitucional hacía referencia únicamente a aquellas controversias *en que la soberanía de la Nación sea el motivo de la disputa*<sup>21</sup>, así como que para admitir la demanda que inicia una controversia contra la Federación, en la misma no debía deducirse *una acción contra individuos particulares*<sup>22</sup>.

Así las cosas, como se aprecia de la lectura de las instituciones constitucionales dispuestas por las constituciones federales de 1857 y 1917, en las mismas se encuentra como punto de encuentro la invasión de soberanías como detonante de la acción consagrada en el texto constitucional, obviamente ejercible por aquellas entidades que se presumen invadidas en el ejercicio de sus facultades, a efecto de que se respete la autonomía de éstas.

En este orden de ideas, podemos decir que ésta, es una institución cuya naturaleza deriva en la reclamación de actos invasores de la esfera competencial de los distintos niveles de gobierno o entre éstos, en virtud de lo cual, al ser los titulares de dichos poderes los órganos de gobierno, se aprecia lógica la legitimación que éstos tienen para ejercitar este tipo de acciones; por otra parte, es importante

<sup>21</sup> Tesis Aislada correspondiente a la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación, página 459, tomo XIV.

<sup>22</sup> Tesis Aislada correspondiente a la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación, tomo XLIX, páginas 428 y 429.

hacer mención de que la institución de referencia es aplicable de igual manera al respecto de conflictos respecto de los límites territoriales entre dos o más Entidades Federativas.

Al respecto de los actos que pueden ser impugnados a través de la controversia constitucional, hemos de entender a éstos en *lato sensu*, como lo puede ser una acción positiva o negativa, así como una omisión, al representar estos tres tipos de actos, la manifestación de la voluntad del órgano de gobierno.

Esta acción constitucional es conocida únicamente por la SCJN en Pleno, como principal responsable en la protección del orden constitucional. Las resoluciones dictadas como consecuencia de la acción de controversia constitucional por parte de los órganos legitimados para su ejercicio, tienen diversos efectos según la forma en que se pronuncie la declaratoria de procedencia o no de la acción en comento, así como respecto de las partes en la controversia, a este respecto, el artículo 42 de la Ley Reglamentaria establece que las resoluciones finales tendrán efectos únicamente respecto de las partes en controversia.

En efecto, este artículo precisa cuándo tendrán efectos generales las sentencias dictadas en este tipo de juicios, estableciéndose como primer requisito el que la sentencia sea aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos de los Ministros, pero esto ocurre sólo cuando las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los Municipios impugnadas por las Entidades Federativas, o bien en los casos de controversias entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, o cualquiera de sus Cámaras, o, en su caso, de la Comisión Permanente, ya sea en su calidad de órganos federales o del Distrito Federal, respecto de dos poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, así como respecto del conflicto generado entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Así, en los casos previamente referidos, rige el principio de relatividad invalidante, conforme al cual la norma general (que no un acto) deja de aplicarse en el momento en el que la declaratoria de invalidez cumple con los requisitos previamente relatados. No obstante, es importante enfatizar el hecho de que la resolución de la SCJN en este tipo de casos, tiene conforme a la Ley Reglamentaria del artículo 105 Constitucional, el efecto de invalidar la norma, no así de declarar su inexistencia, ante lo cual nos encontramos en el conflicto que se ha suscitado en diversas ocasiones al respecto de definir a partir de cuándo una norma es contraria al texto constitucional, si desde su entrada en vigor, o a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad de la misma.

En este orden de ideas, tenemos que la SCJN fija el momento a partir del cual la norma declarada contraria al mandato constitucional, deberá ser inaplicada, sin tener dentro de sus facultades la de declarar la previamente referida inexistencia de la norma, es decir, anular sus efectos hasta antes de la interposición de la controversia constitucional.

Por otro lado, en las controversias constitucionales hay declaraciones de desestimación, a este respecto, precisa el segundo párrafo del artículo 42 de la Ley Reglamentaria, que en aquellas controversias en que no se alcance la votación mínima señalada, el Pleno de la Corte declarará desestimadas esas controversias, mientras que en todos los demás casos las resoluciones tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

Al respecto de los efectos de las sentencias dictadas en este tipo de acciones, se aprecia igualmente dentro de aquellas sentencias que cumplen con las formalidades mínimas para su validez, la facultad para el Presidente de la Corte en caso de la insistencia en la aplicación de normas o actos ya invalidados por parte de las autoridades infractoras del orden constitucional, de hacer cumplir la ejecutoria de que se trate, dictando las providencias que estime necesarias.

Otra de las hipótesis en materia de inaplicación de las sentencias dictadas en las controversias constitucionales, lo es la contenida en el último párrafo del artículo 105 constitucional, el cual refiere la aplicación de la fracción XVI del diverso 107 en materia de repetición del acto reclamado.

A este respecto, debe entenderse que cuando una norma es invalidada por resolución de la controversia constitucional planteada ante la SCJN, los efectos de la norma invalidada, sólo podrán replantearse mediante la emisión de una nueva Ley en el mismo sentido de la declarada contraria al texto constitucional, lo que representaría una “repetición del acto reclamado”, en términos de lo dispuesto por el artículo 107 fracción XVI en sus dos primeros párrafos, al cual remite, como se señaló con antelación, el artículo 105 constitucional, lo que representaría la facultad para el Presidente de la Corte de restricción de las facultades del Poder Legislativo en el caso de leyes, pues claro es el hecho de que la única forma de repetición del acto reclamado que pudiere haber, sería representada precisamente por la emisión de una ley en los mismos términos que la previamente anulada, respecto de la cual se aprecien igualmente las mismas causales de anulación que dieron lugar a la sentencia dictada en la controversia constitucional o, en su caso, en la acción de inconstitucionalidad de leyes.

Así, encontramos en esta nueva forma de protección constitucional, exclusiva de la SCJN, una tendencia hacia el sistema europeo de protección de la propia Constitución, en el que se pretende resguardar el sistema competencial establecido en la propia Constitución, tomando en cuenta el hecho de que por mandato del texto constitucional, en específico, del artículo 124 de la Ley Suprema de la Unión, todas las facultades que no están expresamente concedidas por la Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.

#### 1.8.4. LAS FACULTADES DE INVESTIGACIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

El instrumento de defensa constitucional a que se hace referencia, no encuentra parangón alguno anterior a la Constitución de 1917, pues ni siquiera en la Constitución norteamericana se aprecia una clara inspiración a fin de instaurar este tipo de facultad en pro de nuestro máximo tribunal.

Este es un tema al respecto del cual se ha escrito relativamente poco en comparación con las demás instituciones proteccionistas otorgadas a la SCJN, no obstante, en tiempos recientes y como resultado del cambio de partidos en el poder ejecutivo, la facultad investigadora de la SCJN ha sido traída a la actualidad como un instrumento de resguardo de la CPEUM.

Así las cosas, de acuerdo con el texto original del artículo 97 constitucional en la Constitución de 1917, se establecieron las facultades de investigación de la Suprema Corte en el párrafo tercero de dicho numeral, por virtud del cual nuestro máximo tribunal tenía la facultad de designar a uno de sus miembros a efecto de que éste llevara a cabo la investigación de puntos específicos como lo son: 1) la conducta de un juez o magistrado federal; 2) algún hecho o hechos que constituyeran la violación de

alguna garantía individual; 3) la violación del voto público; y 4) la comisión de algún otro delito castigado por las leyes federales.

No obstante, a diferencia de como se encuentra regulada en la actualidad la facultad de investigación de nuestro máximo tribunal, originalmente se permitía el nombramiento de personas ajenas a la SCJN e inclusive ajenas al Poder Judicial de la Federación, pues podía comisionar a Magistrados o Jueces Federales, o, en su defecto, a una o varias personas que se encargaran de la investigación de los hechos previamente señalados.

De acuerdo con las investigaciones del jurista Felipe Tena Ramírez, al parecer la propuesta hecha por el constituyente de 1917 a efecto de instaurar el sistema de control constitucional de que se trata, representaba más una colaboración que el Poder Judicial haría con el Legislativo a efecto de que el primero de los mencionados se encargara de la investigación de hechos respecto de los cuales el legislativo no podía hacerse cargo,<sup>23</sup> sin embargo, es de señalarse que la mencionada facultad en el contexto actual ha ido más allá aún.

En efecto, el párrafo segundo del artículo 97 constitucional autoriza a la Suprema Corte de Justicia para averiguar algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de garantías individuales, y el párrafo tercero del mismo precepto le permite averiguar de oficio algún hecho que constituya la violación del voto público, cuando, a su juicio, pueda ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de algún Poder de la Unión.

Esta facultad tiene aristas muy específicas de actuación de nuestro más alto tribunal, entre las que destacan las siguientes:

Se actúa de oficio o a petición del Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso o el gobernador de algún Estado.

Concluye con un informe sobre los hechos averiguados y una consecuente decisión de si constituyen, o no, una grave violación de garantías individuales.

Las violaciones deben ser generalizadas, graves, de trascendencia social.

Versa sobre hechos consumados y, por tanto, irreparables.

Es importante señalar que hasta el año de 1954, sólo se habían presentado diecisiete casos en los que se requirió a la SCJN su participación a efecto de esclarecer diversas violaciones a la Carta Magna, particularmente en la materia electoral.<sup>24</sup>

Respecto de las reformas que ha tenido el numeral de cuenta, en el año de 1977 se agregó el tercer párrafo al artículo 97 en el que actualmente encontramos la referencia a la facultad investigadora de la SCJN, dejando de lado asimismo, la facultad de investigación de los delitos federales.

---

<sup>23</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, LA FACULTAD DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MATERIA ELECTORAL, Revista Mexicana de Derecho Público, núm. 1, julio-septiembre de 1946, pp. 41 y 42.

<sup>24</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. Op. cit. pp. 251-252.

No obstante, la facultad investigadora en materia de violación de garantías individuales, representa efectivamente la oportunidad de que el poder neutral por excelencia, funja como un efectivo protector de la Constitución en su parte relativa.

A este respecto, encontramos el caso Aguas Blancas en Guerrero, en el que precisamente se comisionó a la Corte en el año de 1995 a efecto de que se encargara de la investigación de los hechos acaecidos el 28 de junio de dicho año, en los que la policía del Estado disparó contra campesinos desarmados, lo que trajo como consecuencia la realización de ejecuciones extrajudiciales.

En dicho caso los Sres. Ministros Juventino Castro y Castro y Humberto Román Palacios, fueron los encargados de llevar a cabo la investigación correspondiente a efecto de aclarar la flagrante violación de garantías individuales que se suscitó en la población guerrerense

En efecto, previa solicitud del Presidente Zedillo a efecto de que se llevara a cabo la intervención de la Suprema Corte de Justicia para que ésta se avocara a realizar la investigación de los hechos ocurridos en aquella entidad, el Máximo Tribunal dictaminó, en uso de una facultad exclusiva constitucionalmente establecida, que en el caso existió violación grave de garantías individuales.

La Corte en su dictamen sostuvo que la violación a las garantías individuales fue generada como consecuencia del acaecimiento de situaciones que debían ser afrontadas y resueltas por las autoridades gubernamentales, mismas que maliciosamente no llevaron a cabo esta actuación y en tal virtud se violentaron gravemente los derechos fundamentales de los individuos.

Asimismo, la Comisión investigadora del Máximo Tribunal concluyó que la responsabilidad en que incurrió el gobernador del Estado de Guerrero, y diversas autoridades de su gobierno en la época de los hechos, fue la de asumir una actitud de engaño, maquinación y ocultamiento de la verdad ante la gravedad de los acontecimientos sucedidos, creando una versión artificial de éstos con la pretensión de hacer creer a la opinión pública que el resultado de la matanza fue debido a que los campesinos habían atacado al cuerpo de policía.

Dicha determinación sentaría como fin primordial el hecho de que los intereses de la sociedad mexicana están por encima de cualquier individuo que actuando ilegal o arbitrariamente vulnere los derechos de los mexicanos, sin importar su investidura, el empleo, cargo o comisión que éste desempeñe.

Así, la respuesta por parte de la Corte a la comisión ordenada por el Presidente de la República, fue un informe en el que se señaló la responsabilidad del gobierno de la entidad federativa en virtud de haber alterado las pruebas de los hechos pretendiendo dar la impresión de que se había tratado de un enfrentamiento armado, lo que provocó la solicitud de licencia al gobernador del Estado y el nombramiento de uno interino.

Aunados al caso previamente señalado, podemos citar situaciones actuales en las que se ha pedido la intervención de la SCJN y ésta ha emitido diversas resoluciones, como lo han sido los casos de "El Encino" en el que se resolvió a favor del Gobierno del Distrito Federal la disminución en el monto de la indemnización que debía pagarse por concepto de una expropiación que violentó a decir de los tribunales de la Federación, la finalidad de orden público a que debía destinarse el predio expropiado; y

ya en tiempos más recientes, en el caso del gobernador de Puebla, en el que se ha pedido la intervención de nuestro máximo tribunal a efecto de esclarecer los hechos posiblemente constitutivos de violaciones a las garantías individuales en contra de la periodista Lidia Cacho, casos respecto de los cuales no se hace un análisis más profundo en virtud de no ser éstos materia del presente tema de tesis.

En este orden de ideas, la facultad consagrada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el tercer párrafo del artículo 97 constitucional, tiene en los tiempos actuales una especial importancia, ya que si bien es cierto se mantiene la controversia al respecto de la materia electoral en la que varios autores han señalado la imposibilidad por parte de la Corte a efecto de llevar a cabo las actuaciones en materia de investigación respecto de la legalidad de elecciones populares por ser éste un tema en el que se ve íntimamente vinculada la política mexicana, también cierto es el hecho de que los tiempos actuales en que vivimos comportan la necesaria participación de cada uno de los poderes de la Unión en la diversidad de temas en los que se ve imbuida la sociedad mexicana, opinión por virtud de la cual inclusive este ponente rompe con la tesis del Héctor Fix-Zamudio, quien ha llegado a proponer inclusive la desaparición del instrumento de que se viene hablando.<sup>25</sup>

#### 1.9. LA INTERPRETACIÓN DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN EN MATERIA DE TRATADOS INTERNACIONALES.

El contexto en el que fue instaurada la Nación mexicana, además de los tiempos en los que se dio este paso hacia la consolidación de la independencia y autodeterminación de nuestro País, fue determinante para que durante un amplio período de tiempo nuestro más alto tribunal haya dejado de lado la interpretación constitucional en materia de tratados internacionales, es claro que México se preocupaba más por crecer desde el interior, además con una tendencia de independencia absoluta en la que se sabía de lo peligroso que era depender de otros países, ante los afanes intervencionistas de las potencias mundiales.

Esta doctrina obedeció a lo que parecía una explicación bastante clara de la Carta Magna al respecto de los tratados internacionales y las leyes federales, ambos se ubicaban conforme al artículo 133 constitucional, en un mismo plano respecto de la Constitución Federal

Así las cosas, nuestro más alto tribunal, de la misma forma que nuestro País tuvo que esperar el inicio de una tendencia abierta hacia el exterior, sucesos como el ingreso de México al GATT, el auge en la protección de los Derechos Humanos, la política liberalista implementada por Margaret Thatcher en Inglaterra y llevada a cabo por el entonces Presidente de la República, C. Carlos Salinas de Gortari, hizo que a principios de los años noventa nuestro máximo tribunal emitiera uno de los principales criterios en referencia a los tratados internacionales y el lugar que éstos guardaban en el régimen jurídico interno, poniéndolos en el mismo rango normativo que las leyes emitidas por el Congreso de la Unión.

Así, diversos criterios jurisprudenciales seguirían esta tendencia igualatoria en la jerarquía de los tratados internacionales y las leyes federales, poniendo a ambos siempre por debajo de la Constitución Federal, y en un ámbito igual respecto de ésta; en este orden de ideas, la interpretación que la Corte llevó a cabo en reiteradas ocasiones (este criterio fue adoptado en diversas tesis hasta el año de 1999)

---

<sup>25</sup> Ibidem pp. 254-255.

mostró que la importancia de los tratados internacionales para nuestro país era aún importante respecto de nuestro régimen legal interior, por lo que, al celebrarse un tratado por parte de la nación mexicana, lo único que se estaba haciendo era insertar al régimen jurídico interior una nueva disposición que debía someterse a los criterios normales de discriminación entre leyes, como lo es el criterio de especialidad, conforme al principio de que la ley especial prevalece sobre la general, así como con base en criterios interpretativos teleológico-axiológicos con base en los cuales se debía apreciar que disposición debía prevalecer en determinados casos, la internacional o la puramente interior.

La interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto del artículo 133 constitucional se preocupó por enfatizar el principio de supremacía constitucional, dejando a los tribunales colegiados la tarea de dirimir los conflictos entre leyes federales y tratados internacionales, pues cada vez que llegaba un asunto al Pleno de la Corte en el que se vieran imbuidos una ley federal y una local, la respuesta era la misma: “los tratados internacionales y las leyes federales tienen el mismo orden jerárquico”, ante lo cual, la única manera en la que el tratado internacional podía imponerse a una ley (además de la aplicación de los principios previamente referidos) era cuando éste se ubicaba por encima de alguna ley de carácter local, toda vez que en estos casos, el tratado se veía ya cobijado por el principio de supremacía de la ley que establece una jerarquización normativa de leyes federales y tratados internacionales por encima de las leyes locales.

No obstante, a finales de la década de los noventa, nuestro más alto tribunal empezaría a voltear la cara hacia los conflictos de interpretación respecto del artículo 133 constitucional y atendiendo al lugar en el que se encontraban los tratados internacionales y las leyes federales, dejando de lado el argumento lógico y textual de interpretación del artículo 133 constitucional conforme al cual se aprecia que los tratados internacionales y las leyes federales se encuentran subordinados a la Constitución, dejando a la jerarquía entre éstos a la interpretación de los tribunales federales.

Llama la atención a este ponente el hecho de que en un criterio de reciente interpretación la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitiera una tesis de interpretación del artículo 133 constitucional, conforme a la cual se señaló que dicho numeral sólo realizaba una enunciación de los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, asimismo, el criterio de referencia hace mención de los tratados celebrados con potencias extranjeras, talvez como consecuencia de una falta semántica existente desde la instauración de nuestro orden constitucional, conforme al cual se pretendió que nuestro país llevara a cabo la celebración de tratados internacionales con verdaderas potencias extranjeras, no así con otros países que bien podríamos llamar secundarios en el contexto actual.

Así, el criterio de referencia basó su interpretación legal en el texto expreso del artículo 133 constitucional, acogiendo a los jueces de los estados a arreglarse a dichos ordenamientos, sin obstar las disposiciones en contrario contenidas en las constituciones o leyes locales.<sup>26</sup>

Así las cosas, el motivo por el que dicho criterio llama la atención de este sustentante, es que uno de los temas primordiales de la presente tesis es que el numeral de referencia no sea más una mera enunciación de los principios señalados, sino que, por el contrario, sea base para las futuras controversias que en materia de tratados y sus disposiciones, así como respecto de la supremacía de la

---

<sup>26</sup> El criterio a que se hace referencia fue sostenido, como se señaló, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a decir, la tesis número 1a. XVI/2001, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XIII, correspondiente al mes de marzo de 2001, p. 113, del cual con posterioridad se hará el correspondiente estudio.

Constitución, pueda ser planteado en los diversos litigios que se llevan a cabo para hacer que el gobierno mexicano cumpla no sólo con sus compromisos internacionales hacia el exterior, sino con los ciudadanos mexicanos en las obligaciones adquiridas y reconocidas, a través de la celebración de tratados internacionales.

#### 1.9.1. CRITERIOS DE JERARQUIZACIÓN IGUALITARIA ENTRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LAS LEYES FEDERALES.

El año de 1992, dio lugar a la emisión de uno de los primeros antecedentes que pusieron a los tratados internacionales y a las leyes federales en el mismo nivel de jerarquía por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dicho criterio fue emitido como consecuencia del planteamiento que se hiciera a la Corte respecto de la posibilidad de decretar inconstitucional una ley federal por contravención a un tratado internacional.

Así las cosas, por virtud del criterio de que se viene hablando, se señaló lo siguiente:

"LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar a lo dispuesto en un tratado internacional."

El planteamiento descrito tiene importancia en atención a que los promoventes en el juicio de que se trata, en análisis a la disposición contenida en el artículo 133 de la CPEUM, tuvieron a bien plantear el hecho de que los tratados internacionales, al estar de acuerdo con la Constitución Federal en virtud de su celebración por parte del Presidente de la República y su aprobación por parte del Senado, debían ser respetados aún por encima de las leyes federales, es decir, que la contravención de la ley federal a la disposición contenida en un tratado generaba en consecuencia la inconstitucionalidad de la primera.

El criterio de interpretación de que se habla, coincide con uno de los puntos señalados al respecto de la jerarquía entre leyes federales y tratados internacionales, en cuanto a que no se pudo argumentar que el hecho de que la disposición de un tratado o acuerdo internacional establezca una situación divergente con la ley federal, sólo porque éste ha sido celebrado con arreglo a la Constitución, deba sostenerse por encima de las leyes federales (por lo menos conforme al sistema en vigor) toda vez que ninguna relación tienen el procedimiento constitucional para la celebración de tratados y el señalado para la emisión de leyes federales.

Sin embargo, a pesar de que el rubro de la tesis de cuenta señaló que las disposiciones federales y las internacionales se encontraban en un mismo ámbito respecto de la Constitución, es de ponerse especial énfasis en el hecho de que la Corte no resolvió el problema del conflicto de tratados y leyes federales, pues únicamente los puso por debajo de la Constitución.

No obstante, no podemos dejar de observar que, pese a la diferencia en los sistemas de aprobación de tales normas (la ley federal y el tratado), la Corte sostiene que los mismos no prejuzgan el hecho de que la norma federal se encuentre en un mismo rango respecto de la internacional y viceversa, lo cual por supuesto es contributivo de grandes avances en el sistema de protección constitucional, pues claro está el hecho de que los sistemas que serán estudiados en el capítulo correspondiente, distan mucho entre sí pues el procedimiento de establecimiento de una norma federal responde a un sistema que un servidor considera estricto en comparación con el procedimiento de aprobación de los tratados un tanto cuanto más simple pero que es susceptible de generar nuevos derechos u obligaciones en perjuicio o beneficio del grueso de la sociedad, como se aprecia de la multiplicidad de materias en las que se celebran acuerdos internacionales (en materia de comercio, penales, cooperación para el desarrollo, para evitar la doble tributación etc.) de donde considero atinada la resolución de la Corte Suprema al no permitir que un planteamiento que buscaba la inconstitucionalidad de una ley federal por contravenir al tratado internacional, fuera procedente, en atención a que si bien es cierto que el tratado pudiese generar nuevos derechos para los gobernados (como lo es en el caso de los derechos humanos) ante una falta de regulación expresa en la Constitución, nuestro más alto tribunal, en caso de reconocer al procedencia a dicho planteamiento, hubiese tenido que aceptar en su momento, también los tratados que establecieran además, obligaciones a los distintos sujetos que se encontraran en el supuesto de hecho contenido en el acuerdo internacional.

Luego entonces, la Corte confirmó mediante la emisión de dicho criterio, su carácter de tribunal de control constitucional en protección e interpretación de las normas contenidas en la Carta Magna, conforme a una interpretación gramatical del texto constitucional, en la parte referente a los tratados internacionales, apreciándose en tal situación que la Corte dejó para mejor ocasión su interpretación respecto de la materia internacional y su relación con las normas constitucionales y legales tomando en cuenta la confirmación de un criterio de supremacía constitucional evitando un estudio más detallado y determinante en cuanto a las disposiciones internacionales y el lugar que deberían ocupar en el orden jurídico interno.

Siguiendo en el estudio que nos ocupa, en el año de 1995, la Suprema Corte en Pleno emite, ya con el carácter de jurisprudencia y en interpretación directa a una disposición de carácter internacional como lo es el Convenio de París, el siguiente criterio:

"TRATADO INTERNACIONAL, INCOMPETENCIA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA PARA CONOCER DEL RECURSO DE REVISIÓN CUANDO SE TRATA DE UN PROBLEMA DE OPOSICIÓN ENTRE UNA LEY Y UN (CONVENIO DE PARÍS Y LEY DE INVENCIONES Y MARCAS). Si el problema a resolver en la segunda instancia se refiere a la contradicción que, según la quejosa, existe entre la Ley de Invenciones y Marcas y el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, se impone concluir que no se está ante un problema de inconstitucionalidad de leyes propiamente dicho, sino de oposición de leyes que compete conocer en revisión a un Tribunal Colegiado, no obstante que se aduzca violación a los artículos 14 y 16 constitucionales, pues ello debe entenderse, en todo caso, como una violación en vía de consecuencia. Por tanto, si no se reclama una violación directa a la Constitución, es evidente que este Tribunal Pleno resulta incompetente para conocer del recurso de que se trata."

La jurisprudencia de que se trata abarcó un ámbito de estudio que si bien trató la materia de aplicación de los tratados internacionales, no señaló de manera expresa un criterio específico de jerarquización. No obstante, el mismo puede deducirse del hecho de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace una delegación de facultades en la interpretación del tratado internacional hacia los Tribunales Colegiados de Circuito, de la misma manera en la que dichos tribunales se encargan del estudio de conflicto de legalidad al respecto de la aplicación de leyes federales, a efecto de dilucidar el conflicto propuesto por las partes entre la Ley de Invenciones y Marcas y el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, esta función ha sido delegada desde el año de 1999, mediante el acuerdo 6/1999 y reiterado en el acuerdo 10/2000, por medio del cual se determina la competencia de los tribunales colegiados de circuito para conocer de los asuntos en que se impugne una ley local, acuerdos por los cuales el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con la finalidad de enfocar sus funciones hacia la real significación de un tribunal constitucional a la usanza europea, lleva a cabo la delegación de asuntos en los Tribunales Colegiados de Circuito, bajo la premisa de que éstos, son los tribunales que en su caso deberán encargarse del estudio de legalidad de las controversias planteadas ante el Poder Judicial Federal.

Por otro lado, la llamada violación en vía de consecuencia (por oposición a la directa) por parte de la Corte, refuerza la posición descrita en cuanto al estudio de legalidad, pues si bien es cierto que la legalidad es también una garantía consagrada en la CPEUM, la misma se ve violada de manera general en la vía señalada (de consecuencia) toda vez que lo que generalmente se aduce en la violación de tal garantía es la inaplicación o la aplicación indebida de diversas disposiciones que son puestas a consideración de los tribunales, lo que genera un efecto reflejo al violentar los numerales constitucionales que consagran la garantía de legalidad, pero no así directo como podría serlo por ejemplo una violación a la garantía de sujeción a proceso, o las garantías de proporcionalidad y equidad en materia tributaria, o a la propia garantía (no reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

En esta tesitura, la Corte mantiene una tendencia de evasión para pronunciarse al respecto del conflicto entre leyes y tratados internacionales, por el hecho de que esta situación no reviste un problema de constitucionalidad. Así, este criterio es útil en la ejemplificación de la propuesta que se hace en el presente tema de tesis, pues claro está el hecho de que sujetar a los tratados internacionales en su aprobación al control de constitucionalidad por parte de la Corte, brindará a éstos la prerrogativa del estudio abstracto de constitucionalidad, dando mayor certeza al gobernado en la procedencia de la aplicación de los citados acuerdos internacionales, para que de esta manera sólo quede pendiente, conforme a un sistema casuístico y ya de aplicación concreta en materia de legalidad, el análisis de legalidad propiamente dicho al respecto de la aplicación de los tratados internacionales.

En el año de 1998, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostendría la tesis de jurisprudencia aislada en el análisis al amparo en revisión 2807/98, promovido por Habana Rum and Liquors, S.A., conforme al criterio aislado de jurisprudencia I.7o.A.13 A, sostenido por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo VIII, correspondiente al mes de Octubre de 1998, p. 1181, que establece:

“PERSONALIDAD DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS. ORDENAMIENTO LEGAL APLICABLE PARA ACREDITARLA EN EL JUICIO DE AMPARO, CUYO ACTO RECLAMADO SE REGULA POR

LA LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. De conformidad al artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la ley suprema de nuestro orden jurídico es la propia Constitución, las leyes que emanan del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que existan de acuerdo a la misma; de tal suerte que, si bien es cierto que estos últimos deben prevalecer sobre la Ley de la Propiedad Industrial, no menos verdad resulta que ello no acontece en el caso de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Carta Magna, pues tiene la misma jerarquía que los tratados internacionales, por haber sido expedida por el Congreso de la Unión, lo que le da el carácter de ley federal; de ahí, que hay que observar lo que el artículo 12 del último ordenamiento legal invocado dispone, en el sentido de que para acreditar la personalidad en los juicios de garantías, hay que ajustarse a la forma que determine la ley que rija en la materia de la que emane el acto reclamado; por tanto, en caso de que el acto reclamado en el juicio de garantías se regule por la Ley de la Propiedad Industrial, las personas colectivas extranjeras acreditarán su personalidad conforme a las reglas previstas por ese ordenamiento legal.”

Conforme al criterio antecedente se lleva a cabo un estudio de jerarquía normativa al respecto de la aplicación de tres ordenamientos diferentes, como son el tratado internacional, la Ley de Propiedad Industrial y la Ley de Amparo, en donde la Corte reconoce jurisprudencialmente al tratado una jerarquía normativa que está por encima de la primera Ley en mención y por otro lado lo coloca en un mismo rango respecto de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Carta Magna, haciendo una interpretación que, en lo personal, no convence a este sustentante, siendo el hecho de que iguala a los tratados internacionales con las leyes federales en razón de la celebración de éstas últimas por parte del Congreso de la Unión, cuando conforme a la opinión de un servidor, el procedimiento de emisión de una ley federal tiene mayores restricciones y un estudio de fondo que hace que dichas leyes tengan una desventaja con respecto de los tratados internacionales, puesto que éstos, en primer lugar, son celebrados por el Presidente de la República, el cual sólo requiere de la aprobación no ya del Congreso, sino de la Cámara de Senadores.

Así las cosas, este criterio sirve como sustento a otro de los puntos de propuesta de que se habla en el presente trabajo de titulación, pues es claro que las materias en las que rigen los tratados y la tendencia que éstos van tomando, da certidumbre a quienes nos encontramos en el estudio de dichas tendencias para prever que los tratados ya no sólo tendrán efecto a los “*grandes niveles*”, sino que son cada vez más, disposiciones cuya aplicación afectará, por no decir que ya lo está haciendo, los más básicos niveles en los que se desenvuelve el común de la sociedad.

Luego entonces, conforme al contexto normativo actual, distamos de la posición de la Corte con base en la cual pretende que los tratados internacionales tienen la misma jerarquía que las leyes federales, pues si nos basamos en el proceso de discusión y aprobación de ambas disposiciones normativas, podríamos ubicar sin lugar a dudas a la ley federal por encima del tratado internacional en razón de la mayor complejidad en el procedimiento de emisión de leyes respecto del de aprobación de tratados y por virtud de la participación del Congreso de la Unión y no sólo de una sola de las cámaras integrantes de éste.

Cabe aclarar que, sin obstar el hecho de que el artículo 133 así lo señale, los tratados no son leyes en sentido estricto, pues el hecho de que el numeral en comento ubique a los instrumentos internacionales como integrantes de la ley suprema, no da al término de ley la connotación técnica específica de ordenamiento general derivado del proceso legislativo, pues inclusive la Constitución misma no es una ley en ese sentido, con lo que el numeral de cuenta sólo pretende establecer un principio jerárquico normativo de superioridad respecto de las demás disposiciones normativas en vigor en el Estado mexicano.

En razón de lo anterior es que cobra especial importancia el hecho de que los acuerdos internacionales y su análisis y aprobación, ya no sean más una facultad exclusiva de alguna de las cámaras, sino que el Congreso de la Unión lleve a cabo el estudio de tales dispositivos, punto sobre el cual se ahonda en el capítulo correspondiente.

No es óbice el hecho de que sea facultad constitucional del C. Presidente de la República la celebración de tratados, lo cual comprobamos aún por mayoría de razón en el aspecto de que de igual manera el Presidente tiene la facultad reglamentaria conforme a los artículos 89, fracción I y 107, fracción VIII, inciso a) de la Carta Suprema, sin embargo, es de explorado derecho el hecho de que mediante el ejercicio de la facultad reglamentaria, el titular del Ejecutivo puede, conforme a su obligación de proveer en la esfera administrativa el cumplimiento de las leyes, dictar ordenamientos que faciliten a los destinatarios la observancia de las mismas, teniendo como sustento a dicha facultad la emisión de disposiciones cuyas características sean copartícipes de las características de la propia Ley (generales, imperativas y abstractas) que detallen sus hipótesis y supuestos normativos de aplicación. Sin embargo, tal facultad, por útil y necesaria que sea, debe realizarse única y exclusivamente dentro de la esfera de atribuciones propia del Poder Ejecutivo, conforme a los precisos términos que señala la Ley, siendo únicamente esa zona donde pueden y deben expedirse reglamentos que provean a la exacta observancia de aquélla y que, por ello, compartan además su obligatoriedad.

Así las cosas, dicha facultad no le permite al primer mandatario de la Nación ir más allá de lo señalado por la Ley en la emisión de tales reglamentos, ni mucho menos establecer nuevas obligaciones a cargo de los contribuyentes, situación con base en la cual sostengo el hecho de que la celebración de los tratados por parte del Presidente de la República y con la única confirmación de una de las Cámaras integrantes del Congreso de la Unión, no puede ser fundamento total para el criterio de jerarquización de los tratados internacionales y las leyes internacionales.

No obstante, lo que si se reconoce de la interpretación jurisprudencial realizada es que finalmente nuestro más alto tribunal deja de hablar del lugar que las leyes federales y los tratados internacionales tienen respecto de la Constitución Federal y enfrenta a ambos dispositivos normativos en un criterio de interpretación gracias al cual nos es posible emitir la opinión correspondiente y sustentar los puntos de convergencia y divergencia entre dichos órdenes normativos. Interpretación que asimismo nos muestra un cierto avance en la práctica jurisdiccional de los tribunales federales y que asimismo representaría uno de los últimos criterios que enfocarían la jerarquización igualitaria entre los tratados internacionales y las leyes federales.

Luego entonces, a pesar del hecho que este sustentante ha acusado constantemente al respecto la omisión por parte de nuestro más alto tribunal en las interpretaciones jurisprudenciales emitidas al respecto de la jerarquía sentada entre las leyes federales y los tratados internacionales, es importante

señalar que esta conducta denota en sí misma una gran responsabilidad por parte de la Corte al mantener a los tratados en el mismo rango de las leyes federales, puesto que la ausencia de disposiciones legales en las que se señale la forma en la que debieran de aplicarse los tratados internacionales y aún la propia indeterminación constitucional a este respecto, no debía ser superada antes de una reforma constitucional que por lo menos propiciara el estudio previo de los acuerdos internacionales por parte del órgano de control de constitucionalidad en nuestro País.

Asimismo, la diferencia en los procedimientos de aprobación de leyes federales y tratados internacionales, hace inaplicables conforme a la opinión de este servidor, los principios de prevalencia que al respecto de la emisión de leyes federales si pueden utilizarse, como lo es el criterio de temporalidad que sustenta al principio de que ley posterior deroga a la anterior, pues aunque ambas disposiciones sean compatibles con la Constitución (lo cual es de obviarse pues de lo contrario si habría una prevalencia normativa), la vigencia y aplicación del tratado internacional y de la ley federal no se encuentra a discusión ni sienta criterio de preferencia alguno.

He de señalar que gran parte de la doctrina internacionalista criticó ampliamente esta posición del Estado mexicano argumentando el hecho de que nos estábamos arriesgando a la violación de un acuerdo internacional y la consecuente responsabilidad para nuestro País frente a los Estados partes en los acuerdos internacionales, pues si como se señaló con antelación, mientras la ley y el tratado estén de acuerdo con la Constitución, ambos serán válidos, que pasaría entonces cuando éstos se opusieran entre sí.

A este respecto, el maestro Leonel Pérez Nieto hizo el señalamiento referente a la necesaria reforma de la Constitución:

"al artículo 133 específicamente, para establecer un nuevo sistema de incorporación de la normatividad internacional a la nacional. Un sistema que contemple la realidad actual, la diversidad de niveles y la graduación de compromisos que la dinámica de las relaciones internacionales impone a México como un nuevo actor en el concierto mundial"<sup>27</sup>

Sin duda son fundadas las opiniones del Doctor Péreznieto, no obstante, el sólo hecho de jerarquizar a los tratados internacionales (aún cuando fuera por encima de las leyes federales) no es tan simple como parece, pues la implementación de tal reforma no puede pasar por alto el procedimiento de recepción de los tratados internacionales, es decir, la reforma al artículo 133 de la Constitución Federal es sólo parte de la solución en el problema que nos ocupa.

#### 1.9.2. CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE JERARQUIZACIÓN SUPERIOR DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES RESPECTO DE LAS LEYES FEDERALES.

La participación de nuestro tribunal supremo ha dado lugar a la interpretación para la resolución de los juicios en donde se ha definido la tesis jurisprudencial dictada en el amparo 1475/98, mediante la cual se señala que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano respecto de la Constitución y en un primer plano respecto de las normas federales.

<sup>27</sup> PÉREZNieto CASTRO, Leonel, EL ARTÍCULO 133: UNA RELECTURA, Jurídica núm. 25, México, 1995, pp. 282 y 283.

La interpretación emitida por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, versó en los siguientes términos:

"TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.- Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el Presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal."

A efecto de ubicar perfectamente el contexto en el que fue emitida esta tesis, es importante hacer una breve relación respecto al caso en el que versó el asunto por virtud del cual se emitió el criterio de mérito.

Primeramente, es importante señalar que el análisis efectuado por el tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pareció desde un inicio verse enfocado hacia la emisión de un nuevo criterio de jerarquización de tratados internacionales en el orden jurídico interno, pues señala en el considerando quinto de la sentencia correspondiente, la corrección de oficio de una incongruencia en la sentencia revisada, en razón de que el Juez de Distrito no se pronunció respecto del planteamiento de inconstitucionalidad del artículo 69 de la Ley Federal del Trabajo hecho valer por la quejosa.

De esta guisa, en el juicio de mérito se sostuvo por la quejosa, la inconstitucionalidad de los artículos 67, 68 y 69 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, por virtud de los cuales se resolvió en contra de la quejosa, constituida en un sindicato, el registro de asociación solicitado, por parte del Pleno del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.

Esta situación fue resuelta por la responsable, en virtud de que el recién formado Sindicato de Trabajadores de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, solicitó el registro correspondiente, sin obstar el hecho de que en dicha Secretaría ya existía un sindicato, por lo que en tal virtud adquirió vigencia lo señalado por el artículo 68 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, mismo que al efecto dispone:

"En cada dependencia sólo habrá un sindicato. En caso de que concurran varios grupos de trabajadores que pretendan ese derecho, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje otorgará el reconocimiento al mayoritario."

Así las cosas, en el caso en estudio, se planteó la inconstitucionalidad del numeral de referencia en relación con la fracción X, del apartado B, del artículo 123 de la Constitución, así como por virtud de lo señalado por el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la libertad sindical y a la protección al derecho sindical adoptado el 9 de julio de 1948, mismo que la autoridad responsable señaló no se actualizaba en virtud de la jerarquía igualitaria entre los tratados internacionales y las leyes federales, lo que hacía en tal virtud que no se pudiera argumentar la contradicción entre éstas.

Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, centró la litis constitucional en el análisis de las relaciones del derecho internacional con el derecho interno de nuestro país; además de la necesaria precisión al respecto de los requisitos que la norma de derecho internacional debe de cumplir para tener vigencia en nuestro País, así como su jerarquía frente a todas las demás normas del sistema, a fin de proceder a hacer el examen concreto del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo en relación con la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

En esta virtud, el análisis de las teorías de recepción de tratados en el derecho interno de los Estados, fue privilegiado por nuestro órgano supremo a fin de verificar la aplicación que debían tener los dispositivos internacionales en el orden jurídico interno, conforme a las teorías monista y dualista, doctrinas que toman como referencia al derecho internacional en una posición abierta o cerrada frente al mismo respectivamente.

La primera de las teorías, sustenta el hecho de que el derecho internacional y el derecho interno forman un único orden normativo hacia el interior de los Estados, mientras que la segunda, diferencia a ambos sistemas el uno del otro.

Luego entonces, las consideraciones del Tribunal Pleno ubicaron a nuestro país en un sistema abierto y único respecto de la relación entre el derecho interno y el internacional (teoría monista) en el que se acepta la vigencia de las normas que se encuentren acordes a los mandatos constitucionales, esto es, que condiciona la vigencia del derecho internacional a su adecuación con la Constitución del país.

Las consideraciones del Tribunal en Pleno, sostuvieron el hecho de que al estar de acuerdo con la Constitución, los tratados internacionales forman parte del derecho interno y en tal virtud su observación es obligatoria. Lo anterior aunado al hecho de que México forma parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de mil novecientos sesenta y nueve, en vigor desde el veintisiete de enero de mil novecientos ochenta, y ratificada por nuestro país el veinticinco de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en términos de la cual, conforme a lo dispuesto en la parte III de dicho instrumento internacional, relativa a la observancia, aplicación e interpretación de los tratados, se señala como uno de los principios rectores en la materia el de *Pacta sunt Servanda*, en términos del cual, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, sin ser permisible la invocación de derecho interno por parte de los Estados contratantes en el Tratado Internacional para la inaplicación del derecho internacional, salvo en el caso de vicios del consentimiento en la voluntad del Estado en cuanto a las disposiciones para la celebración del Tratado, debiendo ser en todo caso, manifiesta e indudable la violación de que se trata, en los términos contenidos en la citada Convención.

Así las cosas, en el análisis de jerarquía de las normas internacionales aceptadas por México y su referencia con las federales, se insiste en el hecho de ubicar a la Constitución Federal por encima de todas aquellas normas existentes en el país, en virtud, a decir de la Suprema Corte, de la necesaria ecuación que debe haber entre los dispositivos internacionales y la propia Constitución, aunado el hecho de que las normas federales, cualesquiera que éstas sean, son emitidas de conformidad con el procedimiento constitucionalmente establecido para tal efecto, lo que da el carácter de ley suprema, únicamente a la Constitución General de la República.

Partiendo de este hecho, el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que los tratados internacionales se ubicaban en un segundo plano respecto de la Constitución Federal, lo anterior en virtud que al ser celebrados dichos acuerdos internacionales por parte del Estado mexicano, lo comprometen en su conjunto, así como a las autoridades frente a la comunidad internacional, conforme al procedimiento establecido en la Constitución para tal efecto, lo que ubica en tal virtud a las normas internacionales en un nivel superior respecto de las normas federales y las locales, variando inclusive el anterior criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuyo rubro es: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.", con la mención textual de la consideración del Tribunal Pleno en cuanto a que éste *"considera oportuno abandonar este criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados, incluso frente al mismo derecho federal."*

En esta tesitura, la Suprema Corte de Justicia de la Nación dio un vuelco en la interpretación que hiciera al respecto del artículo 133 constitucional, ubicando a los tratados internacionales por encima de las leyes federales y en un segundo término respecto de la Constitución, dejando de tomar en cuenta el hecho de que, una vez celebrado el instrumento internacional por nuestro país, en opinión de este sustentante, se ubica inclusive por encima de la propia Constitución.

En efecto, del análisis de las consideraciones que dieron sustento al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es apreciable que ésta toma en cuenta la ordenanza contenida en la sección primera de la parte III de dicho ordenamiento al que igualmente se encuentra sujeto nuestro país, en relación con la observancia, aplicación e interpretación de los tratados internacionales, misma que señala:

“26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

Es importante hacer la aclaración al respecto de que las normas a que se hace referencia en el apartado correspondiente que remite al artículo 46 de la Convención, se refiere únicamente a las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar los tratados, y únicamente en el caso de violaciones que sean, a decir del numeral de cuenta, manifiestas y que afecten a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

Luego entonces, considera este sustentante el hecho de que la disposición internacional, sólo en lo que atañe a su celebración por parte del Ejecutivo Federal, se encuentra por debajo de la Constitución, pero, con posterioridad, es susceptible de tomar inclusive un lugar primigenio en el orden jurídico interior de nuestro País.

Es igualmente importante señalar que este criterio de nuestro máximo tribunal ha sido punto toral de la proposición que se sustenta en la presente tesis de licenciatura, sin embargo, como podrá verse del análisis que se hace al respecto del actual procedimiento de celebración de tratados, no es ésta la única razón de la proposición de que se trata, procediendo en tal virtud al análisis de las facultades de los poderes de la Unión en la materia.

## 2. PROCEDIMIENTO ACTUAL DE CELEBRACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN MÉXICO.

Como se señaló anteriormente, el actual procedimiento de celebración de tratados internacionales en nuestro país, es una derivación de lo señalado por la constitución de los Estados Unidos de América, en los términos del artículo 133 de nuestra constitución, que al haber sido adecuado por el constituyente de 1917, sostuvo la competencia del Presidente en el procedimiento de celebración de tratados internacionales, con la previa aprobación del Senado.

Este hecho predominante en la celebración de tratados por parte del estado mexicano ha traído como consecuencia la existencia de un control de carácter político, pues la revisión constitucional e inclusive legal en la celebración de los múltiplemente mencionados acuerdos internacionales, queda en manos de los asesores del Presidente y del cuerpo jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores, mismos que en todo caso emiten una opinión, que no es de carácter vinculativo, para que finalmente el tratado sea celebrado por el Presidente de la República, que a su vez requiere la ratificación del Senado, ambos órganos en ejercicio de un control, reitero, político.

La vigencia de los tratados internacionales en el orden jurídico interno inicia, al igual que las demás leyes, a partir de su publicación en el Diario Oficial de la Federación. Sin embargo, una vez que se firma el tratado o se lleva a cabo el canje de instrumentos constitutivos del mismo, las partes quedan obligadas a abstenerse en la realización de cualquier acto que frustre el objeto y fin del tratado, sin importar que se encuentre pendiente de ratificación, aceptación o aprobación, en términos de lo dispuesto por los artículos 11 y 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es decir, que la sola firma ad referendum del tratado o el intercambio de instrumentos que la constituyan produce las consecuencias jurídicas señaladas.

### 2.1. REGLAS DE RECEPCIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO. (EL CONTROL PREVIO)

La indispensabilidad en el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales responde al hecho de que los gobiernos firmantes de estos instrumentos internacionales tienen a su cargo, la defensa de la soberanía interna del país o, en su caso, la adecuación de dicha soberanía a las condiciones que requiere el tratado para su celebración o viceversa.

En algunos países dicho control es de carácter facultativo por parte del tribunal o la Sala constitucional respectivos, en nuestra opinión, no es esta una solución viable en el control de constitucionalidad en mención, pues es claro que en nuestro País, la fuerte influencia del vecino del norte, así como la política global-neoliberalista que impone la ruta mundial en la que nos dirigimos, ha hecho que se celebren tratados al por mayor con la subordinación a un sistema constitucional de celebración de tratados internacionales que, a diferencia de la gran mayoría de los países, no ha evolucionado.

Los tratados internacionales, como normas de derecho externo, no valen por sí en el sistema jurídico mexicano, por el contrario, es menester su incorporación al ámbito doméstico por la soberanía del Estado mexicano, a través de su aceptación, aprobación o ratificación y difusión oficial, lo que en términos procesales representa el sistema de recepción de tratados internacionales.

Los tratados internacionales en el régimen jurídico vigente en nuestro país, sólo pueden ser celebrados entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público; con la firma ad referendum del tratado, de esta manera, los Estados Unidos Mexicanos hacen constar que su consentimiento en obligarse por un tratado requiere de su posterior ratificación, adhesión o aceptación, para ser considerado como definitivo.

El estudio correspondiente previo a la ratificación del tratado internacional, ha sido consagrado en pro de la Cámara de Senadores, órgano que funge como revisor de la política exterior del Presidente de la República en términos de lo dispuesto por el artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así, en el proceso de formación de un tratado internacional, en términos del artículo 133 constitucional, participan el titular del Poder Ejecutivo, por sí o a través de sus plenipotenciarios, y la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, que forman parte integrante de la Federación, que son constitucionalmente los únicos facultados para intervenir en la celebración y aprobación de esos instrumentos internacionales que concierne al Estado mexicano, conforme al análisis que se realiza a continuación.

#### 2.1.1. FUNCIONES DEL PODER EJECUTIVO.

##### 2.1.1.1. FACULTAD EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE Y LA PARTICIPACIÓN DEL SECRETARIO DE RELACIONES EXTERIORES.

El poder unipersonal que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en favor del Jefe del Ejecutivo de la Nación, consagra como obligación y facultad de éste, en términos del artículo 89, fracción X, de la Carta Magna, la dirección de la política exterior mexicana y celebración de tratados internacionales.

La diferenciación en la integración de los poderes de la unión, concretamente entre el titular del poder ejecutivo y los miembros del legislativo encuentra explicación en una amplia gama de situaciones entre las que destaca el hecho de que las labores de dirección consagradas al Ejecutivo no admiten en la mayoría de las ocasiones, sino la orden de una sola persona que tenga en sí misma la responsabilidad de acatar el mandato constitucional y llevar la dirección del país, aunado al hecho de que la función ejecutiva se verá acotada a las disposiciones legales correspondientes por virtud del principio relativo a que la autoridad sólo puede hacer aquello que le está expresamente consagrado en la ley, ley que se encarga de establecer un órgano constituido en una Asamblea que se encarga de representar los intereses de la sociedad en la Unión.

Aunado a lo anterior, la diferencia de facultades que tiene que llevar a cabo cada uno de los poderes señalados importa la necesidad de que el ejecutivo pueda tener rapidez en la realización de las facultades que han sido consagradas en su favor, mientras que el poder legislativo requiere de un cuerpo integrado por varias personas que pueda deliberar ampliamente a efecto de establecer las leyes con base en las cuales se constituye el estado de derecho en nuestro país.

En efecto, la función ejecutiva comprende el desarrollo gubernamental de tareas públicas preestablecidas en la Ley a través de las potestades específicamente establecidas en las normas

correspondientes para las diversas autoridades que componen el sistema administrativo-gubernamental, que se encarga de llevar a cabo las funciones a ellos conferidas a través de los medios de que éste dispone.

Las tareas públicas están previamente delimitadas por la CPEUM; ahora bien, las Leyes son establecidas a efecto de precisar el alcance de las competencias que corresponden al Gobierno en los diferentes ámbitos en que éste actúa para el desarrollo de sus actividades, de cuya genérica mención constitucional no deriva la delimitación de ámbitos en la ejecución de la inmediata actuación administrativa, sino el basamento primordial sobre el cual los diferentes entes encargados de la administración del país, deberán llevar a cabo sus actuaciones, conforme a los principios básicos contenidos en la constitución de legalidad y seguridad jurídica, entre otros.

En términos de la garantía de legalidad, la validez de la actuación administrativa depende de la previa habilitación legal y una específica potestad en términos tales que hagan posible un control discrecional de la regulación de su ejercicio.

No obstante, los poderes ejecutivo y legislativo en la gran mayoría de las democracias modernas, se ven influenciados por las diversas manifestaciones políticas que conforman al Estado, los continuos cambios económicos y sociales y las diversas orientaciones políticas de quienes acceden al poder del Estado, quienes postulan la necesidad de una dirección capaz de fijar en cada caso las nuevas prioridades y de planificar el correspondiente desarrollo de las tareas estatales. A esa determinación de la acción del Estado parece servir la atribución gubernamental de la responsabilidad de dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, en términos del artículo 89 constitucional, que dispone:

“Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

(...)

X.- Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;”

La dirección de la política exterior se produce igualmente mediante declaraciones y compromisos públicos, negociaciones o actuaciones sin alcance jurídico preciso, dicha dirección comprende a este respecto:

- Concreción de los Tratados internacionales.
- Ejecución de compromisos internacionales.
- Dirección de la Administración exterior del Estado.

No obstante lo anterior, debemos retomar el énfasis que, inclusive el orden político imperante, debe de ubicar respecto del control de legalidad de sus actos, pues precisamente al gobierno sólo le es dado actuar en los términos que establece la Constitución y las leyes que sean acordes con ella, en otras palabras, la actuación gubernamental debe de someterse a los intereses básicos-generales establecidos por nuestra carta magna, y es en este punto en el que podemos encontrarnos con el

problema de que tales intereses, como lo son las garantías sociales, se consideran más bien indeterminados.

Sin embargo, la CPEUM garantiza en su parte dogmática una serie de derechos mínimos generales cuya garantía se encuentra consagrada a la propia constitución, en otras palabras, quien se atreva a violar estos derechos, está violentando directamente la ley fundamental.

Así encontramos que la CPEUM, mediante la inserción de diversos numerales continentales de garantías individuales y sociales (seguridad jurídica, legalidad, equidad, proporcionalidad, derecho a la salud, a la educación, etc.) así como menciones indirectas en cláusulas genéricas (las exigencias de la economía general, prohibición de monopolios o la función social de la propiedad), establece las bases de actuación de cualquier autoridad e inclusive de los particulares, pues a pesar de que la constitución sea el orden normativo básico de la actuación de las autoridades, tampoco los particulares podemos violentar el orden constitucional, es decir, el conglomerado de personas que conforman el Estado mexicano y aún quienes están sólo de paso, se ven obligados a respetar los derechos mínimos contenidos en nuestra ley fundamental.

La doctrina y la jurisprudencia constitucional han consagrado la llamada *dimensión institucional de los derechos fundamentales*, en términos de la cual los poderes públicos han de disponer de medios, instituciones y procesos que aseguren las condiciones materiales en el ejercicio de los derechos y libertades compatibles con el postulado de la igualdad en el goce de las garantías individuales para todos. La CPEUM, en buena medida, encomienda a la Administración tareas que cobran la cualidad de servicio a los intereses generales (garantías sociales).

Por otro lado, la constitución en su parte orgánica establece el orden de competencias de acuerdo con el que se decide la manera en que los poderes del Estado harán efectivas las garantías individuales, mediante la dirección del Estado por parte de los poderes de la unión.

Desde ambas perspectivas, el derecho internacional se encuentra en tensión con el derecho interno, ya sea anteponiendo su propia constelación de fines y tareas públicas, determinadas por la garantía de los principios internacionalmente reconocidos y por el fin de la integración económica, o asumiendo para diversas instituciones de carácter supranacional competencias crecientes a partir de la simple asignación de objetivos a la comunidad internacional.

Al Gobierno le corresponde, pues, dirigir una Administración que sigue los intereses generales con objetividad y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. No es ésta, por tanto, una mera organización auxiliar al servicio del Gobierno, dedicado a proporcionar información y apoyo técnico y a desarrollar sus designios.

En este sentido, el artículo 89 previamente señalado, en concordancia con el artículo 133 de la CPEUM dispone a favor del ejecutivo, y de manera exclusiva, la celebración de tratados internacionales con las potencias (había que hacer un alto en el camino a este respecto y eliminar la aseveración de las "potencias" pues nuestro país tiene celebrados en la actualidad diversos acuerdos internacionales con países que no podrían ser considerados como tales), de donde se desprende que el único órgano y ni siquiera eso, el único funcionario facultado para estampar su firma en uno de estos acuerdos

internacionales, obligando de tal manera al estado mexicano, lo es el Presidente de la República, sin poder delegar dicha facultad en ningún otro órgano o funcionario de la administración pública.

Las normas constitucionales de referencia, vistas de manera ordenada y armónica, sustentan el objetivo de que la Política Exterior de México sea una Política de Estado, a efecto de que trascienda intereses partidistas o de grupo, así como de administraciones o legislaturas, provocando la Constitución con el establecimiento de las disposiciones relativas a la materia exterior, el ejercicio de una política exterior coherente y sostenida.

De esta manera, es importante señalar que una política exterior de Estado, se encuentra obligada a respetar los principios normativos señalados por nuestra Constitución; que de ellos hace raíz y razón para buscar, en todo momento, el cumplimiento de los grandes objetivos nacionales, en un marco de respeto y cooperación con las demás naciones.

Es importante tomar en cuenta el hecho de que, no obstante que el Poder Ejecutivo es unipersonal y como tal debe de llevar a cabo la ejecución de sus facultades, el Presidente de la República tiene dentro de sus facultades, la de nombrar a los Secretarios de Despacho que requiera para que le presten auxilio en la amplia gama de facultades que le son encomendadas (artículo 89, fracción II de la CPEUM), debemos enfatizar el hecho de que los Secretarios de Despacho no son el Ejecutivo, y tampoco tienen un poder de representación del mismo, es decir, no pueden ejercitar las facultades que en términos del artículo 89 constitucional se estatuyen de forma exclusiva para el Presidente de la República, de donde podemos válidamente señalar que los Secretarios fungen en su calidad de colaboradores del Presidente y sólo pueden actuar conforme a las órdenes de éste y con su venia, pues de lo contrario, el propio Presidente tiene la facultad de removerlos de sus cargos. Así las cosas, aunque no son depositarios del Poder Ejecutivo, los Secretarios de Estado son colaboradores del Presidente.<sup>1</sup>

En este punto en especial, resulta importante analizar la función que el Secretario de Relaciones Exteriores tiene en el orden jurídico mexicano, en virtud de relacionarse directamente su función con uno de los temas centrales de la presente tesis, como lo es la celebración de tratados internacionales, estudio que se incluye a continuación.

La ley reserva frecuentemente el ejercicio de ciertas competencias al poder público, según la trascendencia de las actividades llevadas a cabo. Destaca su capacidad para fijar la propia estructura y organización administrativa de acuerdo con la Ley, que en cada caso se cuida de atribuir al Gobierno, a su Presidente y a los Secretarios, las potestades correspondientes.

Así las cosas, corresponde al Ejecutivo en su calidad de Jefe de Gobierno, proveer ciertos cargos de dirección y confianza, que aseguren el ejercicio regular de las potestades administrativas en el sentido determinado por la dirección política del Estado.

La estructura jerárquica de la Administración, que sirve para hacer efectiva la dirección gubernamental, se concreta con la posibilidad reconocida a los superiores de impartir instrucciones y órdenes de servicio. El Gobierno puede así, adoptar programas, planes y directrices, incluyendo a los

---

<sup>1</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe. Op. cit. p. 456.

dispositivos internacionales, vinculantes para todos los órganos de la Administración General del Estado y para sus habitantes.

Así las cosas, tenemos que en términos de lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal se estatuye respecto de las funciones que son consagradas al Secretario de Relaciones Exteriores, las siguientes:

I.- Promover, propiciar y asegurar la coordinación de acciones en el exterior de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal; y sin afectar el ejercicio de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, conducir la política exterior, para lo cual intervendrá en toda clase de tratados, acuerdos y convenciones en los que el país sea parte;

II.- Dirigir el servicio exterior en sus aspectos diplomático y consular en los términos de la Ley del Servicio Exterior Mexicano y, por conducto de los agentes del mismo servicio, velar en el extranjero por el buen nombre de México; impartir protección a los mexicanos; cobrar derechos consulares y otros impuestos; ejercer funciones notariales, de Registro Civil, de auxilio judicial y las demás funciones federales que señalan las Leyes, y adquirir, administrar y conservar las propiedades de la Nación en el extranjero;

II A.- Coadyuvar a la promoción comercial y turística del país a través de sus embajadas y consulados.

II B.- Capacitar a los miembros del Servicio Exterior Mexicano en las áreas comercial y turística, para que puedan cumplir con las responsabilidades derivadas de lo dispuesto en la fracción anterior.

III.- Intervenir en lo relativo a comisiones, congresos, conferencias y exposiciones internacionales, y participar en los organismos e institutos internacionales de que el Gobierno mexicano forme parte;

IV.- Intervenir en las cuestiones relacionadas con los límites territoriales del país y aguas internacionales;

V.- Conceder a los extranjeros las licencias y autorizaciones que requieran conforme a las Leyes para adquirir el dominio de las Tierras, aguas y sus accesiones en la República Mexicana; obtener concesiones y celebrar contratos, intervenir en la explotación de Recursos Naturales o para invertir o participar en sociedades mexicanas civiles o mercantiles, así como conceder permisos para la constitución de éstas o reformar sus estatutos o adquirir bienes inmuebles o derechos sobre ellos;

VI.- Llevar el registro de las operaciones realizadas conforme a la fracción anterior;

VII.- Intervenir en todas las cuestiones relacionadas con nacionalidad y naturalización;

VIII.- Guardar y usar el Gran Sello de la Nación;

IX.- Coleccionar los autógrafos de toda clase de documentos diplomáticos;

X.- Legalizar las firmas de los documentos que deban producir efectos en el extranjero, y de los documentos extranjeros que deban producirlos en la República;

XI.- Intervenir, por conducto del Procurador General de la República, en la extradición conforme a la ley o tratados, y en los exhortos internacionales o comisiones rogatorias para hacerlos llegar a su destino, previo examen de que llenen los requisitos de forma para su diligenciación y de su procedencia o improcedencia, para hacerlo del conocimiento de las autoridades judiciales competentes, y

XII.- Las demás que le atribuyan expresamente las leyes y reglamentos.

En este orden de ideas, como se aprecia de la transcripción previa, la el Secretario de Relaciones Exteriores cumple con una función de carácter representativo respecto de las relaciones para con la comunidad internacional con base en las cuales puede actuar llevando a cabo funciones de coordinación de las demás entidades de la administración pública federal en el exterior, de promoción del turismo en el país, en materia de límites territoriales, concesión de autorizaciones y licencias a extranjeros para la

celebración de actos jurídicos contractuales específicos en el país, la función de intervención en cuestiones de nacionalidad y naturalización, el uso del sello de la Nación, entre otras funciones.

Asimismo, en la materia de tratados internacionales, el Secretario de Despacho a que se hace referencia tiene igualmente una función primordial, en términos de lo dispuesto por el artículo 7 del Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores, mismo que dispone en su fracción IX, lo siguiente:

"Artículo 7o. El secretario tendrá las facultades no delegables siguientes:

"...

"IX. Refrendar, para su validez y observancia constitucionales, los reglamentos, decretos y acuerdos expedidos por el Presidente de la República cuando tengan relación con los asuntos que competen a la secretaría,..."

El refrendo señalado en la fracción antecedente, es factible de ubicarse en cualquiera de las tres funciones que para esta figura ha señalado la doctrina, como lo es la certificación de la autenticidad de la firma del Presidente de la República, la limitación del poder del jefe de gobierno mediante la participación del Secretario correspondiente, o la traslación de la responsabilidad del acto refrendado al Secretario refrendatario.

Así, la figura del refrendo importa la indispensable participación del Secretario de Despacho a que se viene haciendo referencia, pues sin la firma correspondiente en los términos del orden constitucional, legal y reglamentario de nuestro país, ningún acto puede surtir efecto alguno, al ser un atributo del Secretario de Relaciones Exteriores el refrendar este tipo de actos, es decir, dicho funcionario como parte del órgano de gobierno, cuenta con una legitimación activa para ratificar los actos que en la materia lleve a cabo el Jefe del Ejecutivo Federal, en términos de lo dispuesto por el artículo 92 constitucional, por virtud del cual se encarga el refrendo de los decretos y reglamentos del Jefe del Ejecutivo por parte de los Secretarios de Estado, función autónoma y constitutiva de un medio de control del ejercicio del Poder Ejecutivo Federal.

#### 2.1.2. FUNCIONES DEL PODER LEGISLATIVO.

Nuestro sistema constitucional, ha tenido a bien el establecimiento de un sistema bicameral en términos de lo señalado en el artículo 50 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que establece la existencia de dos cámaras, el denominado Congreso de la Unión, que en su conjunto representan al poder legislativo federal.

Las resoluciones congresionales en términos de lo señalado por el artículo 70 de la Carta Magna, tienen el carácter de leyes o decretos conforme a un procedimiento de formación que se estatuye en la propia Constitución, por virtud del cual se brinda a cualquiera de las cámaras y al propio Presidente la facultad de iniciativa de Ley, así como a las cámaras locales.

En el caso de las cámaras integrantes del Congreso, cada una de éstas tiene la facultad de iniciativa de Ley, nombrándose a la iniciadora cámara de origen y fungiendo la segunda como cámara revisora, con la única excepción en materia de empréstitos, contribuciones o reclutamiento de tropas, en cuyo caso se consagra a favor de la cámara de diputados el ser cámara de origen, así como en el caso

de la cuenta anual rendida por el Ejecutivo Federal y la destitución de funcionarios judiciales conforme a lo señalado en los artículos 65, fracción I, y 111 de la CPEUM, respectivamente.

El trabajo legislativo se lleva a cabo inicialmente a través de comisiones que se encargan del análisis de los asuntos de su competencia, conforme a la previa asignación que se hace en el interior de los recintos correspondientes.

Las facultades del Poder Legislativo se clasifican de la siguiente manera:

- Facultades del Congreso de la Unión;
- Facultades exclusivas de cada una de las cámaras;
- Facultades del Congreso como Asamblea única; y
- Facultades comunes de las dos cámaras.

De esta manera, la actuación de las cámaras debe atenerse a las facultades constitucionalmente establecidas para tal efecto, respetando la división de facultades establecidas como consecuencia del sistema bicameral en el que se desenvuelve la función legislativa.

Así las cosas, encontramos en el caso que nos ocupa que el Senado de la República es el órgano al que ha sido conferida la facultad de revisión en materia de tratados internacionales, hecho que ha sido controvertido a lo largo de la historia constitucional de nuestro país en virtud del señalamiento del artículo 133 constitucional, en términos del cual, también los tratados internacionales son Ley Suprema de la Unión, sin embargo, en consideración de diversos autores, esta disposición dista mucho de ser formal y materialmente una ley.

En efecto, los tratados internacionales pueden considerarse como máximo, como actos materialmente legislativos, pues si bien es cierto el hecho de que establecen situaciones que revisten las características de una ley, como lo es la impersonalidad, la abstracción y la objetividad, pero el hecho de que sólo sean revisados por la Cámara de Senadores, hace de estas disposiciones un acto, se reitera, materialmente legislativo que no reviste dicha formalidad, y al efecto, me permito transcribir la opinión del insigne constitucionalista Felipe Tena Ramírez, quien señala:

"La ley como acto del Poder Legislativo, es obra siempre del Congreso y nunca de una sola Cámara en ejercicio de sus facultades exclusivas ni de la Comisión Permanente. Si se examina cada una de las facultades exclusivas de las Cámaras o de la Permanente, se advertirá que ninguna de ellas se refiere sino a una situación concreta. Inclusive la facultad del Senado de aprobar los tratados que celebre el Presidente, es un acto que determina una situación jurídica para un caso concreto, aunque dirigido a consolidar la situación general y abstracta que crea el Presidente al celebrar el tratado, el cual si es por regla general un acto materialmente legislativo."<sup>2</sup>

De esta guisa, la facultad exclusiva del Senado en materia de aprobación en la celebración de tratados internacionales, hace de estos actos, que los mismos no sean en sentido estricto: LEYES.

---

<sup>2</sup> TENA RAMÍREZ, Op. cit. p. 298.

### 2.1.2.1. FACULTAD EXCLUSIVA DEL SENADO EN LA APROBACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Históricamente, la facultad de aprobar tratados internacionales no siempre fue exclusiva del Senado, sino que llegó a ser del Congreso y, en una época en que desapareció el Senado, fue facultad de la Cámara de Diputados.

En 1874, con la reinstauración del Senado, se reconoce a éste la facultad exclusiva de aprobar tratados internacionales, argumentando entre otras razones que la política exterior debe tener una corresponsabilidad entre el Jefe de Estado y el Senado.

La modificación en el año de 1933 al artículo 133 constitucional, para que fuera el Senado de la República el que aprobara los tratados y no el Congreso como se establecía en este artículo anteriormente, obedeció, como se señaló anteriormente, a "razones obvias", sin que se hiciera mayor señalamiento al respecto.

La facultad exclusiva que el Ejecutivo Federal tiene conferida en materia de política exterior, supuso, como contrapartida, la renuncia de los Estados que integran nuestra Unión a la posibilidad de celebrar, por ellos mismos, tratados o convenciones internacionales, nombrar embajadores o agentes diplomáticos y, en general, contar con representación propia ante Estados extranjeros, condicionando dicha renuncia a la revisión en materia de política exterior al Senado de la República como órgano garante de que las facultades cedidas por los Estados al Ejecutivo Federal se ejerzan en estricto apego al Pacto Federal, es decir a la Constitución.

A este respecto, a fin de comprender de mejor manera las funciones que desarrolla el Senado de la República, es importante analizar el sistema de organización de la llamada Cámara Alta del Congreso de la Unión.

La Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos define la organización y funcionamiento de la Cámara de Senadores de la siguiente manera:

- Órganos de gobierno: la Mesa Directiva y la Junta de Coordinación Política;
- Órganos políticos: lo son los Grupos Parlamentarios quienes están sujetos a la legislación del Congreso; y
- Órganos de trabajo; que son las Comisiones representantes de los órganos de trabajo.

Dentro de las facultades del primero de los órganos mencionados se encuentran: presidir los debates y votaciones del pleno, determinar el trámite de los asuntos; formular el orden del día para las sesiones; conducir las relaciones de la Cámara de Senadores con la colegisladora, los otros Poderes de la Unión, los Poderes de los estados y las autoridades locales del Distrito Federal; así como la diplomacia parlamentaria; elaborar y proponer al pleno los ordenamientos que regulen la organización de las Secretarías Generales, la Tesorería y el Servicio Civil de Carrera; expedir el nombramiento o el oficio de remoción de los servidores públicos de la Cámara.

El Presidente de la Mesa Directiva es el Presidente de la Cámara y su representante jurídico; en él se expresa la unidad de la Cámara de Senadores. Dentro de sus atribuciones se encuentra el abrir,

prorrogar, suspender y clausurar las sesiones del pleno; dar curso a los asuntos y, determinar los trámites que deben de recaer en aquellos con los que se dé cuenta a la Cámara; conducir los debates y aplicar el Reglamento correspondiente; firmar, junto con uno de los secretarios de la Cámara y, en su caso con el Presidente y un secretario de la colegisladora, las leyes y decretos que expidan la Cámara de Senadores o el Congreso de la Unión, así como los acuerdos y demás resoluciones de la Cámara; dirigir las tareas. El Presidente de la Cámara estará subordinado en sus decisiones al voto del pleno.

Por otro lado, la instancia en donde se expresa la pluralidad de la Cámara, es la junta de coordinación política, órgano colegiado en el que se impulsan los entendimientos y convergencias para alcanzar acuerdos que permitan el cumplimiento de las facultades que la Constitución asigna a la Cámara. La junta se conforma al inicio del periodo constitucional de cada legislatura, se integra por los coordinadores de los grupos parlamentarios representados en la legislatura más dos senadores del grupo parlamentario mayoritario y uno por el grupo parlamentario que constituya la primera minoría de la Legislatura.

Dentro de sus atribuciones se encuentran: impulsar la conformación de acuerdos relacionados con el contenido de las propuestas, iniciativas o minutas que requieran de votación por el pleno, a fin de agilizar el trabajo legislativo; presentar al pleno, por conducto de la Mesa Directiva, propuestas de puntos de acuerdo, pronunciamientos y declaraciones de la Cámara que signifiquen una posición política de la misma; proponer al pleno, a través de la Mesa Directiva, la integración de las comisiones, con el señalamiento de las respectivas juntas directivas, así como a los senadores que integrarán la Comisión Permanente; elaborar el programa legislativo de cada periodo de sesiones, el calendario de trabajo para su desahogo y puntos del orden del día de las sesiones del pleno.

El Presidente de la Junta de Coordinación Política, cuenta, entre otras, con las siguientes atribuciones: promover la adopción de los acuerdos necesarios para el adecuado desahogo de la agenda legislativa de cada periodo de sesiones; proponer a la Junta el proyecto de programa legislativo y el calendario del mismo; asegurar el cumplimiento de los acuerdos de la Junta.

Existen asimismo grupos de senadores que, por encargo del pleno, tienen por objeto estudiar con amplitud y detalle los asuntos para preparar los trabajos, informes o dictámenes que servirán de base a la Asamblea para resolver en definitiva, estos grupos reciben el nombre de comisiones, las cuales se integran, a propuesta de la Junta de Coordinación Política, de acuerdo en la proporción que cada grupo parlamentario represente en el pleno, teniendo hasta un total de 15 miembros de entre los cuales se cuentan un Presidente y dos secretarios.

La división del senado en comisiones, se materializa de la siguiente manera:

- Ordinarias: analizan y dictaminan las iniciativas de ley o decreto que les sean turnadas, así como los asuntos del ramo o área de su competencia;
- Jurisdiccional: interviene en los términos de ley, en los procedimientos de responsabilidad de servidores públicos;
- De investigación: las que se creen para investigar el funcionamiento de organismos descentralizados federales y empresas de participación estatal mayoritaria.

Cuando lo determine la Cámara, con apego a la Constitución y a las leyes, se nombrarán comisiones con carácter transitorio para conocer exclusivamente de la materia para cuyo objeto hayan sido designadas, o desempeñar un encargo específico.

También se pueden crear Comisiones conjuntas con participación de las dos Cámaras del Congreso de la Unión para atender asuntos de interés común.

Así pues, en términos de lo dispuesto por el artículo 76, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es facultad exclusiva del Senado de la República:

“I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso; además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión.”

Así las cosas, tal y como se aprecia del análisis constitucional previamente referido, las funciones que realiza en Senado en materia de política exterior, son las siguientes:

- Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que le rinda, el Presidente de la República y el Secretario de Despacho correspondiente al Congreso.
- Aprobar los Tratados Internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión.
- Autorizar al Presidente para que permita la salida de tropas nacionales fuera del país; el paso de tropas extranjeras por el territorio nacional y la estación de escuadras de otros países, por más de un mes, en aguas mexicanas.
- Citar a Secretarios de Estado, Procurador General de la República, Jefes de Departamentos Administrativos y directores y administradores de organismos descentralizados o empresas de participación mayoritaria para que informen cuando se discuta una ley o se estudie un negocio concerniente a sus ramos.

Las facultades previamente señaladas corresponden a los fines que ha perseguido el Estado en materia de política exterior, conforme a los cuales dicho ente gubernamental sirve de freno a las facultades del Ejecutivo en la materia, a fin de que éste no lleve a cabo el ejercicio del poder de manera unilateral.

De este estudio se encarga el Senado de la República, en donde se turnan dichos dispositivos internacionales a comisión, en los términos de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, para la formulación del dictamen que corresponda, comunicándose con posterioridad la resolución del Senado al Jefe del Ejecutivo de la Nación, manifestándose la voluntad de adhesión al tratado internacional, mediante el intercambio de notas diplomáticas, canje o depósito del instrumento de ratificación, adhesión o aceptación, mediante las cuales se notifique la aprobación por el Senado del tratado en cuestión.

En este orden de ideas, la participación del Senado como órgano de control dentro del Estado es una consecuencia directa de la aplicación del principio de separación de poderes y, a su vez, de funciones, a efecto de que se de la necesaria concurrencia de dos de los poderes de la Unión en la conformación de la voluntad del Estado.

De acuerdo con el texto constitucional previamente referido, en la celebración y aprobación de un tratado internacional concurren las voluntades de dos órganos de la Federación. En nuestro orden constitucional, el Presidente de la República está imposibilitado a llevar a cabo la ratificación de un tratado sin la previa aprobación del Senado.

Así las cosas, la participación que el Senado tiene en la aprobación de los tratados o convenciones diplomáticas que suscriba el Ejecutivo; implica que el Senado examine el contenido del tratado o convención propuesta para su aprobación, con objeto de determinar si no existe oposición alguna en la Constitución.

En esta virtud, toda vez que los tratados internacionales, una vez que son perfeccionados van a producir el mismo efecto que las leyes, requieren de la aprobación del Senado pues en dicho acto va implícito el compromiso de la Nación, frente a aquéllos con los que se establecen las relaciones contractuales.

En este tenor de ideas, la aprobación del Senado representa una función de control encaminada a la verificación de la constitucionalidad del tratado o de la convención diplomática conforme al marco que al efecto establece la propia Constitución.

## 2.2. LA REGULACIÓN EN MATERIA DE CELEBRACIÓN DE TRATADOS EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO: LA LEY SOBRE CELEBRACIÓN DE TRATADOS Y LA LEY SOBRE LA APROBACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA ECONÓMICA.

Existen en nuestro orden jurídico interno, dos ordenamientos legales respecto de los cuales se establecen diversos procedimientos para la celebración de tratados internacionales y, en específico, en la materia económica, no obstante, es importante señalar que dichos ordenamientos, al no poder ir en contra o más allá de lo asentado en la Constitución, no ofrecen grandes soluciones para efecto de la propuesta de reforma constitucional que se hace, por lo que su análisis comprende únicamente la revisión de un orden legal vigente que no debemos dejar de tomar en cuenta.

### 2.2.1. LEY SOBRE CELEBRACIÓN DE TRATADOS.

La Ley sobre la Celebración de Tratados tiene su origen en el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha 2 de enero de 1992, dos años antes de la celebración del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, la sanción a dicha Ley fue labor del entonces Presidente de la República C. Carlos Salinas de Gortari a efecto de emitir la regulación en cuestión reiterando el espíritu constitucional mexicano al respecto de que sólo la Federación puede celebrar tratados con los diversos sujetos del Derecho Internacional Público, haciendo referencia igualmente a la celebración de los llamados “acuerdos interinstitucionales” en el ámbito internacional, en cuanto a su celebración por parte de las dependencias u organismos descentralizados de la Administración Pública de la Federación, los Estados o los Municipios y los órganos gubernamentales extranjeros o las organizaciones internacionales, éstos últimos son acuerdos que surtirán efectos sólo entre las dependencias signatarias de los mismos y pueden ser o no consecuencia de la celebración de un tratado previamente aprobado.

Es importante señalar que la propia Ley establece de manera específica y sin lugar a dudas el hecho de la posibilidad de la adopción de acuerdos en materias específicas, sobre las cuales el Estado

Mexicano asume compromisos, mediante el procedimiento vigente de celebración de tratados contenido en el artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, compromisos que de acuerdo con el último criterio en la materia emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se encuentran aún sobre el derecho federal interno y sólo por debajo de la Carta Magna Federal.

La ordenanza legal en cuestión contempla la firma de los tratados ad referendum situación respecto de la cual ya se han hecho las consideraciones pertinentes; también conforme a la ley en estudio se incluye el concepto de Plenos Poderes, que son aquellos otorgados por el Presidente de la República a efecto de que los plenipotenciarios representen al país en el proceso de negociación de los tratados internacionales.

Ahora bien, conforme a la Ley Sobre Celebración de Tratados el estudio referente a la celebración de tratados por parte del ejecutivo se envía a la comisión respectiva del Senado para el efecto de que, previo estudio que se haga de los mismos, se emita el dictamen correspondiente comunicando la decisión al C. Presidente de la República, voluntad que posteriormente se manifestará en el ámbito internacional mediante la presentación de los documentos correspondientes en los que se notifique la celebración de la aprobación del tratado por parte del Senado.

El papel de la Secretaría de Relaciones Exteriores al respecto viene delimitado en la Ley por la mención expresa de que dicha Secretaría se circunscribirá a llevar acabo las acciones necesarias para la celebración de cualquier tratado, formulando su opinión respecto de la procedencia de suscribirlo haciendo la inscripción correspondiente en el Registro que al efecto se establezca, de igual manera, la Secretaría de Relaciones Exteriores deberá llevar el Registro de los acuerdos interinstitucionales entre las dependencias del gobierno federal, estatal o municipal en el país y los órganos gubernamentales u organizaciones extranjeras.

En este aspecto es en el que talvez podemos encontrar uno de los puntos más importantes en el tema de tesis que nos ocupa, atendiendo el hecho de que si bien es cierto la ley dispone la necesaria opinión por parte del Secretario de Relaciones Exteriores al respecto de la viabilidad del tratado, dicha opinión es pura y literalmente eso, una mera opinión que no constriñe al titular del Ejecutivo de manera alguna.

De igual manera uno de los puntos más representativos de la Ley en estudio se refieren a la inclusión en los tratados de los principios procesales rectores en el país, solamente en aquellos tratados que contengan en su texto mecanismos de solución de controversias legales, a decir, el principio de igualdad de las partes (basado en el diverso de reciprocidad internacional), las garantías de audiencia y defensa adecuada, así como la garantía de imparcialidad en los procesos seguidos conforme al texto expreso del tratado. No obstante, en caso de que la resolución a las controversias tramitadas conforme a los mecanismos previstos en los tratados internacionales se traduzca en un acto susceptible de vulnerar la seguridad del Estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la Nación, dichas resoluciones no serán reconocidas por el Gobierno Mexicano.

No es del todo comprensible este último punto en la ley, inclusive en opinión de este ponente, dicho punto deviene contrario a la pirámide jerárquica que ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la interpretación que ha realizado al respecto del artículo 133 constitucional al ordenar la inaplicación de las resoluciones que, a decir de la ley, se traduzcan en un acto susceptible de

vulnerar la seguridad del Estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la Nación, de igual manera, la ordenanza contenida en dicho dispositivo resulta contraria a lo señalado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados respecto de la aplicación del derecho interno en contra de las disposiciones de orden internacional aceptadas y reconocidas por el Estado mexicano.

Por otro lado, y concluyendo con el análisis de la ley que nos ocupa, es de apreciarse igualmente el hecho de que en el artículo 11 de la misma se dispone la procedencia en la aplicación de las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales derivados de la aplicación de los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales, a efecto de que puedan ser utilizados como prueba en los casos de nacionales que se encuentren en la misma situación jurídica, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados aplicables.

En este punto parece ser que el legislador federal quiso llevar a cabo la aplicación de resoluciones internacionales en casos domésticos conforme a los cuales se encuentre una situación jurídica o de hecho igual a la previamente juzgada, no obstante, el hecho es que la ley abre la posibilidad de que la contraparte alegue la aplicación de dicha disposición aún en contra de los nacionales a que hace referencia el artículo en mención, procedimiento que adquiere cierto parecido con la formación de jurisprudencia en el orden jurídico internacional, y respecto del cual se obliga al Estado mexicano a tomar en cuenta las resoluciones a que se ha hecho referencia en la resolución de casos en los que se vea imbuido.

De hecho, la ley en estudio no tiene grandes implicaciones, salvo las previamente señaladas, en el procedimiento de celebración de tratados internacionales, pudiendo resaltar mayormente el hecho de las disposiciones legales al respecto de la celebración de tratados internacionales continentes de procedimientos de resolución de controversias, en cuanto al hecho de que la celebración de tratados en diversas materias con países que tienen una tradición jurídica diferente a la nuestra podría generar problemas al respecto del procedimiento jurisdiccional correspondiente.

#### 2.2.2. LA LEY SOBRE LA APROBACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA ECONÓMICA.

La Ley Sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 2 de septiembre de 2004 bajo el gobierno del C. Presidente de la República Vicente Fox Quezada, se erige en la Ley reglamentaria del artículo 93 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que se refiere al informe que los Secretarios de Despacho y Jefes de Departamentos Administrativos (inexistentes actualmente) deberán presentar al Congreso de la Unión respecto del estado que guardan los asuntos en sus respectivos ramos en materia de negociación, celebración y aprobación de tratados relacionados con el comercio de mercancías, servicios, inversiones, transferencia de tecnología, propiedad intelectual, doble tributación, cooperación económica, entre otras materias, siendo facultad exclusiva de la Cámara de Senadores por disposición de la fracción I del artículo 76 de la Ley, citar a aquellos funcionarios que establece el propio 93 y que hayan tenido relación con el estudio, discusión y celebración de los diversos tratados internacionales.

Podemos válidamente señalar que el sistema de celebración de tratados internacionales establecido en la ley de mérito, sienta bases respecto de las cuales el Estado habrá de conducirse en la celebración de dichos acuerdos entre naciones, señalando como objetivos generales en la celebración de tratados contribuir a mejorar la calidad de vida y el nivel de bienestar de la población mexicana;

propiciar el aprovechamiento de los recursos productivos del país; promover el acceso de los productos mexicanos a los mercados internacionales; contribuir a la diversificación de mercados; fomentar la integración de la economía mexicana con la internacional y contribuir a la elevación de la competitividad del país, y promover la transparencia en las relaciones comerciales internacionales y el pleno respeto a los principios de política exterior de la fracción X del artículo 89 de la CPEUM, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del ordenamiento en estudio.

Asimismo, de acuerdo con el tipo de tratado celebrado, la ley dispone el cumplimiento de ciertos objetivos los cuales podemos encontrar en el artículo 4 dividiendo a los acuerdos internacionales en materia de solución de controversias, de prácticas desleales de comercio exterior, de respeto de los derechos de propiedad intelectual, de impulso al fomento y la protección recíproca de las inversiones y las transferencias de tecnología, generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional, así como en materia de impulso a la eliminación o reducción de obstáculos innecesarios al comercio que sean incompatibles con la ley y con los compromisos internacionales, entre otros aspectos relativos a la materia económica.

Por otro lado, ya entrando en materia respecto de las facultades del Senado en materia de revisión de la política exterior llevada a cabo por parte del Ejecutivo del País, se establece la obligación para las Secretarías de Estado y los organismos de la administración pública federal que representen a México en el inicio de negociaciones formales de un tratado, a efecto de que lleven a cabo la presentación de un informe al Senado en el inicio del período de sesiones en el que se den a conocer a la Cámara Alta del Congreso de la Unión el inicio de las negociaciones formales sobre la celebración de un tratado, informe en el que deberán recabarse las razones para negociar y consecuencias de no hacerlo, beneficios y ventajas que se espera obtener de la negociación y expectativa de cumplir con los objetivos de la Ley, así como un programa calendarizado del proceso de negociación, es precisamente la circunstancia a que se viene haciendo mención la que da sustento al presente tema de tesis, pues el procedimiento previsto en dicha Ley para la celebración de los tratados relativos se deja ver más como una serie de actos de trámite a efecto de que el Senado se limite a recabar los datos suficientes para allegarse la información relativa.

Es factible señalar que la ley en estudio simplemente formaliza el mandato constitucional en cuanto a la facultad exclusiva del Senado de la República en la revisión de la celebración de tratados internacionales, sentando las bases de un informe y registro detallado en el que se aprecien que tipo de obligaciones se adquieren por virtud del acuerdo internacional correspondiente, así como los beneficios que se pudieron haber obtenido con la negociación, así como las normas legales y administrativas que tendrían que modificarse de acuerdo con el tratado entre otros aspectos, no debe perderse de vista el hecho de que las menciones a que se ha hecho referencia, sólo podrán versar al respecto de la reforma a leyes y/o disposiciones administrativas, sin que pueda plantear el órgano correspondiente la reforma a la Constitución, pues en opinión de este ponente no sería factible una proposición tal si no se encuentra establecida de forma expresa en la propia Ley o, inclusive, en la Constitución.

Esta situación es apreciable de la lectura del artículo 9 de la ley, mismo que al efecto establece lo siguiente:

“Artículo 9. Para la aprobación de algún tratado ya firmado deberá someterse al Senado junto con los siguientes documentos:

- I. Un escrito con todas las acciones administrativas para aplicar los objetivos que correspondan conforme al tratado de que se trate;
- II. Una explicación de cómo la aprobación del tratado afectará las leyes y reglamentos de México;
- III. Los rubros que México concedió durante la negociación;
- IV. La forma en que se cumplirán los objetivos que correspondan conforme al tratado firmado;
- V. La manera en que el tratado cumple con los intereses de México, y
- VI. Las reservas que los países miembros del tratado establecieron y las razones.”

Una vez cumplidos los requisitos de mérito, el tratado se remite a la comisión de estudio que corresponda.

Aunado a lo anterior, se establece la posibilidad de que las entidades federativas, así como las organizaciones empresariales ciudadanas y sindicales emitan su opinión al respecto de la celebración del tratado correspondiente, normatividad que en la opinión de un servidor resulta poco menos que inútil, pues ninguna de dichas organizaciones es la constitucionalmente establecida para procurar la defensa de la constitución federal, aunado al hecho de que dichas intervenciones no tienen efecto vinculatorio alguno en el Senado, por lo que, salvo para enriquecer la discusión al respecto de la celebración del acuerdo internacional correspondiente, se antoja un tanto cuanto intrascendente la regulación de mérito.

Así las cosas, son estas las dos regulaciones en vigor en la materia de celebración de tratados internacionales, mismas que atendiendo el sentido en que se encuentran redactadas, simplemente formalizan el cumplimiento de ciertos requisitos constitucionalmente establecidos, con la única salvedad previamente señalada al respecto de la adecuación de los sistemas de resolución de controversias en términos de la Ley Sobre Celebración de Tratados.

### 3. EL DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE CELEBRACIÓN DE TRATADOS: CONTROL DE INSERCIÓN Y JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

#### 3.1. MODALIDADES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.

Las diversas formas en las que el mundo pretende protegerse de la globalización o, por lo menos, hacer de ésta un buen pretexto para que los poderes de cada país entren al estudio de los acuerdos celebrados como consecuencia de la inevitable interacción con la comunidad internacional, nos lleva a efectuar un indispensable análisis de cómo es que los poderes judiciales de cada país llevan a cabo el estudio de los acuerdos a los que se ven obligados en su cumplimiento so pena de incidir en responsabilidad internacional y de ser marcado como un País incumplido con los compromisos adquiridos.

La forma en la que los diferentes Estados resuelven el control de constitucionalidad de las disposiciones internacionales, por ser éstas las que nos interesan para efectos del presente trabajo, adquiere variados matices en los que la finalidad sigue siendo una: QUE EL INSTRUMENTO INTERNACIONAL NO VULNERE EL ORDEN JURÍDICO INTERNO, concretamente, el constitucional.

Así, encontramos en los diferentes países la definición constitucional y jurisprudencial de control y recepción de los mencionados instrumentos y la determinación del lugar que éstos encuentran en el régimen jurídico interno.

La obligatoriedad o, por otro lado, el control facultativo en la constitucionalidad de los tratados internacionales, es igualmente punto de atención en el estudio que nos ocupa, a fin de determinar la viabilidad de uno u otro sistema en nuestro orden jurídico.

Otra de las aristas de control en materia internacional se aprecia de la aplicación del control previo o posterior de la constitucionalidad de los acuerdos internacionales, a este respecto, existen disposiciones que optan por la aplicación de ambos controles o la de uno solo, el estudio relativo revelará cuál es, por lo menos para un servidor, el tipo de control idóneo conforme al derecho comparado y las implicaciones que en México pudiera tener.

En virtud del principio de la soberanía de los Estados, cada uno de ellos tiene la libertad de incorporar a su derecho interno las disposiciones internacionales, pero dicha recepción es diversa entre la comunidad internacional, por ejemplo, en Inglaterra, la corona posee el derecho de firmar y ratificar los tratados internacionales, pero es incapaz de legislar el tratado. Para que un tratado internacional llegue a ser parte del derecho inglés es necesaria una ley del Parlamento.

Sin embargo, esta regla no se aplica a todos los tratados. Hay materias de ciertos tratados, como por ejemplo las relativas a la guerra y a la cesión de territorio que no necesitan un acto legislativo antes de ser obligatorias. Lo mismo sucede cuando se trata de acuerdos administrativos no importantes que no requieren ratificación, ya que no se proponen alterar el derecho interno.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> GROPPI, CELOTTO Y OLIVETTI (coord.) LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EUROPA. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política. México 2004. p. 254.

En el sistema jurídico de la Comunidad Europea prevalece el derecho comunitario al interno, de donde se advierte la modificación o inclusive la supresión de normas del derecho de los Estados comunitarios a favor del derecho de la comunidad de Estados.

La práctica en los Estados Unidos de Norteamérica señala dos tendencias de aplicación de los tratados, los *self executing* y los *non-self executing treaties*, diferencia introducida por el Poder Judicial que riñe con la fórmula original de la Constitución que establece "*all Treaties... shall be the supreme Law of the Land*",<sup>2</sup> conforme a esta ordenanza, no existe discriminación alguna entre los tratados, siendo todos (*all Treaties*) aplicables como Ley Suprema del vecino país, fórmula auto aplicativa que aparece en 1887. La cuestión diferencial interpretativa corresponde al Poder Judicial mediante decisiones que se han venido dando a lo largo de los años, basando al parecer tal diferencia en el contenido político de los tratados es decir: "cuando un tratado involucra cuestiones políticas de opinión o exposición, entonces el asunto debe dejarse a los órganos legislativos de la nación, en lugar de una operación automática"

Por su parte el sistema español maneja un sistema que funciona bajo el principio de colaboración, no conflicto.

Precisamente al respecto de las normas de recepción de las normas de derecho internacional, existen dos teorías fundamentales que explican la relación que ha de darse entre el derecho interno y el derecho internacional: la teoría dualista y la teoría monista.

La teoría dualista postula la distinción absoluta entre los mencionados órdenes jurídicos en virtud de su carácter y esfera de acción. Por su parte, la teoría monista maneja asimismo dos vertientes, supremacía del derecho interno sobre el Internacional, postulando que sólo cuando este último forme parte del derecho interno resultará aplicable y la segunda plantea la primacía del derecho internacional sobre el interno, conforme a lo cual se considera que ambos conforman las dos partes de un sistema jurídico único.

No obstante la existencia de diversas teorías al respecto de la inclusión de tratados internacionales en el orden jurídico de los diferentes países, no deja de lado el necesario análisis que de dichos ordenamientos debe hacerse, a efecto de que los tales no vulneren la norma máxima en el régimen interno de cada país, como lo es la Constitución, el estudio de esta tarea compete a una rama del Derecho Constitucional, como lo es el Derecho Procesal Constitucional, que es en nuestro país novedosa, no así en otros países en los que esta disciplina es ya una materia ampliamente estudiada.

En efecto, la existencia del derecho procesal constitucional, dista mucho en el orbe de ser una institución novedosa, así encontramos que el estudio del control de la constitucionalidad, desde una perspectiva comparada, ofrece líneas fundamentales para la comprensión de esa rama del derecho constitucional.

De acuerdo con los sistemas predominantes en el contexto internacional, el control puede ser político o judicial dependiendo de la naturaleza del órgano al que se ha consagrado el control de constitucionalidad, no obstante, cuando nos encontramos con un control de carácter judicial, no hay

---

<sup>2</sup>“OBLIGADA IGUALDAD EN LA RATIFICACIÓN.” Artículo publicado en la página de Transparencia Internacional de Costa Rica, Autor: Juan José Sobrado Chaves.

lugar a dudas de que estamos ante un control que encuentra basamento en criterios profundamente técnicos precisamente en la materia jurídica.

No pretende este sustentante con la afirmación expresada señalar que un órgano político al cual se ha consagrado la defensa de la Constitución, no analice jurídicamente la conformidad de los diferentes regímenes normativos con la Constitución, pues en tal caso negaría la razón de ser del control político francés, el cual no se ejerció a través de un órgano de carácter jurisdiccional en virtud de la histórica desconfianza de aquel pueblo en los jueces como secuaces del Rey.

En efecto, la desconfianza histórica que se tenía en Francia en 1789 con respecto a la actuación de los jueces de aquellos lugares, provocó que el sistema de control constitucional se viera mermado e inutilizado respecto del poder judicial, que no así respecto de las funciones llevadas a cabo por la administración, lo que dio lugar al establecimiento del Tribunal de Casación cuya función primordial era constituirse en guardián de la correcta interpretación de la Ley elaborada en el Parlamento, con el tiempo, los jueces analizarían la actuación de la función administrativa, primero al interior de la administración y ya posteriormente, en poder de jueces independientes.

Asimismo, la concepción que en Europa se tenía en el siglo XIX respecto de la Constitución como una concepción política e ideológica de lo que debía ser el Estado, no permitía que los jueces velaran por su aplicación ante las leyes que la contrarían. Cuestión esta última que no ocurrió en los Estados Unidos, en donde, al poner por encima de todo al derecho del hombre como individuo en virtud de ser una creación de Dios, debía de tenerse plena confianza en los jueces como defensores de la legalidad y de la sociedad, mientras que en países como Francia, había una plena convicción de la racionalidad y perfección técnica de la Ley democráticamente elaborada en el Parlamento.

No obstante, la tradición en el continente americano, derivada de la institución del control de constitucionalidad de los diversos actos normativos por parte de los jueces, que tuvo su nacimiento en los Estados Unidos de América, en virtud de la confianza que en dicha nación sí se tuvo en los jueces, al ser vistos como la esperanza más grande de legitimidad dignidad y confianza, derivó en el desarrollo de un control de tipo judicial, como se analizará en el capítulo posterior.

Al analizar los orígenes de la jurisdicción constitucional, encontramos que éstos se hallan en Inglaterra en el siglo XVII, con los movimientos hechos frente al Rey hacia el año 1641; de igual manera, aportaciones teóricas como las de John Locke, la carta magna inglesa e instrumentos como el *common law*, constituyen también las bases del concepto de aquello que en la actualidad conocemos como Constitución, materia principal del estudio que nos ocupa, cuerpo máximo de leyes que junto con su nacimiento, provocó en los pensadores de aquellos tiempos, la búsqueda de una forma de proteger al cuerpo máximo de leyes, posibilitando en primer término, la creación de las Supremas Cortes en su calidad de órganos titulares de la jurisdicción constitucional, misma que nace precisamente en Norteamérica, institución que se encargaría de estudiar y perfeccionar con posterioridad uno de los más grandes juristas europeos, Hans Kelsen.

En efecto, conforme a la teoría Kelseniana de la existencia y justificativa del Tribunal Constitucional elaborada a partir de la Constitución Austriaca de 1919, (infra §3.3.1.) es tomada como pionera en el terreno de la jurisdicción constitucional de carácter concentrado, sin embargo, no debemos dejar de lado el hecho de que las Constituciones Colombiana y Venezolana de principios y mediados del

siglo XIX, en sus artículos 227 y 50, respectivamente, preveían, como última consecuencia, el control implícito de la constitucionalidad de las leyes, de acuerdo con las investigaciones del profesor Francisco Fernández Segado.<sup>3</sup>

De esta manera podemos bien decir que el control de constitucionalidad de leyes por parte de un órgano jurisdiccional, amén de los modelos de control difuso como concentrado, tiene su origen en el continente Americano.

Lo anterior es entendible atendiendo el hecho de que el control de constitucionalidad de leyes y actos de autoridad, es consecuencia de la implantación de un orden normativo rígido, como lo es la Constitución escrita, atento lo cual, los poderes constituidos no son sino mandatarios al servicio de la propia Constitución, que es la verdadera poseedora del poder de la Federación. A este respecto, Blanco Valdés señala que:

"...el control de constitucionalidad es una consecuencia de las constituciones rígidas, o sea, aquellas que demandan un proceso especial de revisión, dándoles una estabilidad bien superior a la de las leyes ordinarias. Paulo Bonavides ha puesto de relieve que "el sistema de las Constituciones rígidas asienta en una distinción primacial entre poder constituyente y poderes constituidos. De eso resulta la superioridad de la ley constitucional, obra del poder constituyente, sobre la ley ordinaria, mero acto del poder constituido, un poder inferior, de competencia limitada por la Constitución misma."<sup>4</sup>

El Control de Constitucionalidad, reconoce las modalidades difusa y concentrada, cuyas diferencias es de especial importancia establecerlas a efecto de poder comenzar el estudio que nos proponemos a realizar.

La primera de las diferencias entre los distintos sistemas de control, se refiere a los órganos judiciales que ejercen dicho control. De esta guisa encontramos al control difuso de constitucionalidad de leyes, nacido y desarrollado en un Estado Federal como los Estados Unidos de América, en el cual se estableció en todos los niveles e instancias del Poder Judicial; mientras que el otro sistema, de carácter concentrado, se centra precisamente en un sólo órgano, el Tribunal Constitucional o en la Corte Suprema, en su caso, reconocido como última instancia en el Poder Judicial.

Una segunda diferencia entre los distintos sistemas se refiere al hecho de que, mientras el control difuso tiene un carácter incidental, o sea, el juez decide, incidentalmente, al hilo de la aplicación de la norma a un caso concreto, si esa norma está o no, en conformidad con la Constitución, para luego juzgar la demanda principal, enteramente distinta de la prejudicial; en el control concentrado encontramos que el análisis de constitucionalidad es el objeto central de la litis, es decir, se da una apreciación en abstracto de la norma, sin que haya un caso concreto.

Por lo tanto, la cuestión de constitucionalidad solventada por vía incidental caracteriza el control difuso, siendo precisamente aquel que se ejerce por los jueces y tribunales, a quienes son presentadas

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL EUROPEO*, Dykinson, Madrid 2003, pp. 124 y 125.

<sup>4</sup> BLANCO VALDEZ, Roberto. Catedrático de Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en España, fuente: <http://www.congreso.es/constitucion/constitucion/zonajoven/index.htm>.

demandas concretas, y a partir de cuya solución con efectos inter partes, o sea, entre demandante y demandado concretos, parte ese Juez o Tribunal a apreciar o juzgar la demanda principal, de todo distinta en la causa petendi como en el petitum de la acción incidental.

Una tercera diferencia entre los sistemas en estudio, se refiere a las partes procesales legitimadas en ambas acciones: de un lado, el autor y demandado presentes en el control difuso de constitucionalidad, y, por otro, aquella o aquellas personas jurídicas y/o órganos establecidos por el Constituyentes, en cada una de las Constituciones de los diferentes países, respecto al control concentrado.

La cuarta diferencia entre los sistemas de jurisdicción concentrada y difusa, se refiere a las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, total o parcialmente, pues mientras en el sistema de jurisdicción difusa tenemos sentencias declarativas, con efectos inter partes, bajo el conocido principio de relatividad de las sentencias -teniéndose en cuenta que la norma no deja de continuar integrando el ordenamiento jurídico o legal, sino que sólo se deja de aplicarla al caso concreto objeto de la demanda prejudicial o incidental, pues, todo pasa como si la mencionada norma impugnada en la acción incidental no tuviera existencia- en el sistema de jurisdicción concentrada tenemos sentencias constitutivas, con efectos *erga omnes*.

Así pues, debemos proceder a analizar la diversidad de formas conforme a las cuales un país puede comprometerse al acatamiento de los acuerdos internacionales, concatenando dicho estudio con los sistemas de control de constitucionalidad que existen en los diferentes países que se exponen.

### 3.2. LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE CELEBRACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES.

La Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados celebrada en el año de 1969, en vigor a partir del año de 1980, es el "acuerdo maestro" al respecto de la celebración y cumplimiento de los dispositivos internacionales que los países integrantes de la comunidad internacional se obligan a respetar en los términos dispuestos en aquellos acuerdos y conforme a las bases estatuidas en el documento a que me refiero en el presente punto.

La finalidad en el acuerdo de los diferentes países al respecto de la elaboración de un documento que sirve de base en la interpretación fundamental de los tratados internacionales, es la cooperación y la integración pacífica de las naciones sin importar su régimen constitucional y/o sus condiciones sociales, conforme al principio general del derecho "*pacta sunt servanda*", aunado al libre consentimiento de las partes y la buena fe, conforme a la igualdad de derechos entre los Estados parte de la comunidad internacional y la libre determinación de los pueblos, la igualdad soberana e independencia de los Estados, proscribiendo la amenaza o el uso de la fuerza y exaltando las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades, principios con base en los cuales se establecen diversos criterios de interpretación tal y como se podrá apreciar del análisis que en adelante se realizará.

La Convención de Viena contiene varios preceptos que aclaran la posición de la comunidad internacional frente al conflicto entre una norma de derecho internacional convencional y el derecho interno de un Estado determinado. Lo anterior en virtud de la política en pro de la no violencia de las naciones en busca de sentar las bases de solución pacífica de las controversias internacionales.

De esta manera, el establecimiento de una codificación acorde con las necesidades y propósitos de la comunidad internacional, sirve de base para el desarrollo de una tradición jurídica internacional de derecho escrito en el que se encuentren específicamente definidos los derechos y obligaciones de los sujetos de derecho internacional, lo anterior sin dejar de lado las normas internacionales de derecho consuetudinario que, en lo no previsto por la Convención, siguen siendo aplicables en el orden jurídico internacional, a fin de mantener la paz y seguridad internacionales, fomentando entre las naciones las relaciones de amistad y realizar la cooperación internacional.

En esta Convención no se establece diferencia alguna como la que se ha llegado a proponer por la doctrina internacionalista al respecto del carácter de los acuerdos internacionales celebrados, definiendo en tal virtud al tratado como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular, sin embargo la propia Convención dispone el empleo de los términos señalados sin perjuicio de lo dispuesto en el derecho interno de cualquier Estado.

En este orden de ideas, debemos señalar que las disposiciones contenidas en la Convención, sólo son aplicables a los acuerdos internacionales que se celebran entre Estados, sin ser susceptible de aplicarse a otro tipo de sujetos internacionales (tribunales internacionales, organismos no gubernamentales, empresas transnacionales, etc.) pero esta situación no prejuzga sobre la validez de tales acuerdos, siempre que los mismos no modifiquen de manera alguna lo dispuesto por la Convención; además de lo anterior, debemos señalar que los mencionados acuerdos internacionales quedan igualmente ligados al cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en términos del apartado tercero, inciso b) de la múltiplemente citada Convención que refiere:

“3. Acuerdos internacionales no comprendidos en el ámbito de la presente Convención. El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectara:

b) A la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de esta Convención;”<sup>5</sup>

Como se aprecia de la transcripción que antecede, inclusive los acuerdos celebrados al margen de la Convención, deben respetar la misma y, de la misma manera, son protegidos por ésta, con lo que las partes en dichos acuerdos, podrán citar las disposiciones en estudio en su favor y con la finalidad de combatir cualquier violación que se llegare a hacer de los acuerdos internacionales, con lo que se reitera el carácter puntal que tiene la institución en estudio en el entorno de las relaciones internacionales.

Por otro lado, toda vez que la tradición jurídica en el mundo proscribe la retroactividad de la ley en cualquiera de las formas que pudiere afectar a las partes, y en atención a que en el entorno internacional aquello que afecta a unos puede beneficiar a otros, la Convención de Viena no es aplicable de manera retroactiva, de manera que sólo los tratados internacionales celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de ésta, serán sujetos de la misma.

<sup>5</sup> Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, fuente: <http://www.derechos.org/nikzor/ley/viena.html>.

En reconocimiento del principio de autodeterminación de los pueblos, la Convención reconoce la personalidad jurídica de todo Estado para la celebración de acuerdos internacionales, siempre que la persona o personas que lleven a cabo el estudio, negociación y celebración del tratado, cuenten con los plenos poderes conferidos por el Estado que pretende obligarse por un tratado; sin embargo, la formalidad de esta práctica no es estricta, pues los actos que una persona o personas, realiza en representación de un Estado que no tiende a otorgar los plenos poderes, pero que de esta manera se obliga al cumplimiento de los dispositivos internacionales conforme a la práctica normal de tal Estado, son tomados como oficiales en la intención del Estado de contratar con otro la aplicación de determinado acuerdo internacional.

No obstante, existen funcionarios que no requieren plenos poderes en virtud de los cargos que ocupan, a fin de representar a un Estado, como lo son los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores en lo que respecta a la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de tratados; por su parte, los jefes de misiones diplomáticas, tienen reconocida su personalidad para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados; existen igualmente los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia.

Fuera de las personas señaladas con antelación, los actos llevados a cabo por cualquier otro sujeto en representación de un Estado, no podrán ser reconocidos sino hasta que el Estado confirme la celebración de dicho acuerdo en los términos que ha sido pactado por la persona sin reconocimiento del Estado.

El procedimiento de adopción del texto de un tratado, tiene dos vertientes conforme a las partes que lo celebran y el sistema de celebración al que se someten los Estados, pues mientras tenemos que el texto de un tratado puede adoptarse, de manera simple por los Estados contratantes del mismo, en el caso de las conferencias, los acuerdos derivados de éstas son obligatorios para los participantes en ellas cuando una mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes acuerden la entrada en vigor de los acuerdos señalados o, la misma cantidad de Estados, opten por la aplicación de una regla de celebración diferente.

La forma de adhesión a los tratados internacionales celebrados por la comunidad internacional, podrá efectuarse mediante el procedimiento contenido en los propios acuerdos internacionales o, en su caso, mediante la firma ad referendum o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto del acuerdo internacional.

En el caso de México, la firma de los mencionados dispositivos internacionales se lleva a cabo, por orden constitucional, ad referendum, pues no sólo se requiere la firma del Jefe del Ejecutivo (único representante del Gobierno mexicano que tiene la facultad de obligar al Estado mexicano a los efectos de un tratado) sino que en un acto posterior a la mencionada firma, se requiere igualmente la ratificación del Senado conforme al texto expreso del artículo 76 de la CPEUM.

En efecto, como se señaló con antelación, nuestro país es miembro de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados desde la ratificación que se hizo de la misma el día veinticinco de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro (seis años antes de la entrada en vigor de la

Convención), este es el único instrumento al que nos podemos abocar a efecto de llevar a cabo la interpretación en la aplicación de tratados internacionales, en virtud que nuestra Constitución no contiene reglas expresas, así como tampoco se aprecian las mismas del análisis de la Ley sobre la Celebración de Tratados, pero sí en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, bajo las bases de interpretación que se han venido señalando (principio de buena fe conforme a los términos en que aparezca que las partes quisieron obligarse, así como todo acuerdo ulterior que haya sido celebrado entre éstas, utilización de medios de interpretación complementarios, como lo son los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración e interpretación acorde con el idioma en el que fueron celebrados) reconociendo el hecho de que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (principio *pacta sunt servanda*), con base en el cual se dispone igualmente que las partes no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Así también, hemos de señalar que la Convención de Viena acepta en principio la tesis monista-internacionalista, sin embargo, acepta una excepción consistente en violación a disposiciones de importancia fundamental, tal es el caso evidentemente de las normas constitucionales. Desafortunadamente, como se señaló en líneas antecedentes, nuestra Ley Sobre Celebración de Tratados (supra § 2.2.1), no contempla el supuesto con base en el cual se pudiese actualizar la violación a una norma fundamental de derecho interno con base en la cual se diera la excepción contenida en la Convención Internacional, limitándose a establecer el otorgamiento de plenos poderes por el Presidente de la República (artículo 3o.), el trámite de sometimiento del acuerdo internacional a la aprobación del Senado (artículo 4o.), el requisito de publicación en el Diario Oficial de la Federación (artículo 4o.), los mecanismos de aceptación del tratado (artículo 5o.), la coordinación de la Secretaría de Relaciones Exteriores en la materia (artículos 6o. y 7o.) y la resolución de controversias legales (artículos 8o. a 11).

### 3.3. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD EN EUROPA.

La justicia constitucional se desarrolla en el continente europeo en el siglo XX, más de un siglo después de la sentencia *Marbury vs Madison* (1803) (infra § 3.4.) con la que por primera vez en los Estados Unidos un juez ejerce el control de constitucionalidad de las leyes, en la forma de la judicial review of legislation. Por la operación de cotejo entre dos entidades generales y teóricas como son la Constitución y la ley, este sistema se denominó “control abstracto”. Y por quedar radicado en un solo órgano especializado, se le llamó “control concentrado”.

La evolución en sentido monista de las monarquías del siglo XIX no cambia, el predominio burgués, la afirmación del régimen parlamentario y de la omnipotencia del parlamento y de la ley condujeron a considerar la Constitución como tanto flexible, o subordinado a las exigencias de las fuerzas políticas, que recibían expresión en la ley ordinaria, “No podía imaginarse entonces que la Constitución tenía como función obstaculizar el desarrollo de la vida política, tal y como lo determinaban las fuerzas hegemónicas. Éstas, haciendo uso de la ley, podían convertir en “constitucional” lo que, aunque contradijera la Constitución, entraba en sus planes.”<sup>6</sup>

<sup>6</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE*. Il Mulino. Bologna, 1988, pp. 20-21.

El término de la Primera Guerra Mundial pondría a Europa en una situación de previsión respecto de la actuación de los Estados para con los gobernados que determinaría el nacimiento de un modelo de control de constitucionalidad muy diferente al norteamericano, la creación de los tribunales constitucionales cuya función era la de resolver los conflictos o cuestiones de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas impugnadas y cuyas resoluciones representaban una declaración *erga omnes* a partir de la emisión de la resolución correspondiente.

La Constitución Checoslovaca de 1920, plasmaría en el papel la creación de un Tribunal encargado del Control de Constitucionalidad; sin embargo, el modelo llevado a la práctica de un órgano de control de constitucionalidad, lo sería la Alta Corte Constitucional Austriaca de 1º de octubre de 1920, a la cual de igual manera antecedió el *Reichstgericht* creado por la Constitución austriaca de 1867, órgano al que los ciudadanos podían ocurrir con motivo de las violaciones a sus derechos constitucionalmente garantizados. A partir de entonces, la Alta Corte Constitucional Austriaca tendría el honor de conformar el modelo de control constitucional “europeo”, honor que debe de ser reconocido al eminente filósofo del derecho Hans Kelsen, quien colaboró de manera activa en la redacción de la Constitución Austriaca o, así llamada por él, la *Grundnorm*.

Así las cosas, La Constitución austriaca de 1920 y su inspirador Hans Kelsen, fueron los precursores del sistema de justicia constitucional en el viejo continente en los años posteriores a la primera guerra mundial, así constituciones como la Checoslovaca, a la Alemana de Weimar en 1920, siguen esta tendencia, de manera que durante el siglo XIX, las organizaciones estatales de tipo federal como Suiza, el imperio austro-húngaro o el imperio Alemán, se afirma un particular tipo de justicia constitucional, la *Staatsgerichtsbarkeit*, con el fin de ordenar la convivencia entre los distintos niveles de poder político en el Estado; algunos tribunales federales tenían la función de defender las normas constitucionales de reparto de competencias entre Federación y Estados miembros, mediante la resolución de conflictos de atribución.

La notable influencia ejercida por el modelo de control constitucional austriaco y aún su triunfo en la posguerra en 1945, traería como consecuencia la implementación de este tipo de cortes en toda Europa ejerciendo aún influencia en países como Turquía, la Unión Soviética, Sudáfrica, Egipto y Corea del Sur.

Lo que, sin embargo, no se realizó en Europa hasta el siglo XX, a pesar de varias tentativas y propuestas en esa dirección es el tipo de justicia constitucional cuya finalidad es la protección de los derechos, individuales y sociales, reconocidos en la Constitución, especialmente contra la ley la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

El desarrollo de la justicia constitucional se produce a la par de la democratización, el mismo Hans Kelsen señalaría al respecto que la Justicia Constitucional se configura como un instrumento puesto en defensa de las minorías contra las manifestaciones de voluntad, contrarias a la Constitución, de la mayoría parlamentaria, funcionando como dique al nacimiento de una “dictadura de la mayoría”<sup>7</sup>

El auge del derecho comunitario europeo, ha traído como consecuencia la creación de órganos jurisdiccionales con funciones supranacionales que algunos han optado por llamar “una nueva justicia constitucional”, posición de la que se difiere un tanto en virtud de que la justicia constitucional se

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. LA GARANTIA JURISDICTIONELLE DE LA CONSTITUTION en *RDP*. 1928, p. 197 y ss.

encarga de la defensa de las normas primordiales contenidas en las normas fundamentales de un país o de la unión de éstos (Unión Europea) mientras que, la corriente supranacionalista engloba a instituciones como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo o la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica, instituciones que si bien es cierto son de gran importancia en virtud de la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, no llevan en sí mismas la finalidad de protección a una norma fundamental, que además de proteger a los individuos lo hace igualmente respecto del régimen interno de los diversos países.

Nadie niega su mérito. Pero en los casos en que este control es preventivo y –sea por omisión o por inadvertencia- deja filtrarse una ley inconstitucional o, siendo aquél posterior al nacimiento de la ley, permanece radicado en un solo órgano, la virtualidad de la supremacía constitucional se le niega al juez ordinario, se mutila su potestad de interpretar la ley y decidir qué norma debe aplicar y –lo que es tanto o más grave- se priva al pueblo en general del acceso al goce de este bien fundamental, dejándolo restringido a una ínfima minoría capaz de ponerlo en movimiento.

Sin perjuicio del deterioro que significa privar al juez ordinario de un aspecto tan fundamental de su jurisdicción, la última consecuencia señalada es la más perniciosa. El modesto habitante de poblados distantes, a veces, a miles de kilómetros de la capital, carece de los recursos necesarios para intentar un recurso de inconstitucionalidad o inaplicabilidad en la sede del Tribunal Constitucional o de la Suprema Corte de la metrópolis.

Esto constituye un atentado a la justicia y, desde luego, al principio de supremacía constitucional pilar de todo Estado de Derecho. Ya en tiempos de los antiguos romanos, la justicia era un bien, una cosa a conceder, repartir o denegar. De allí que se le haya definido como la virtud consistente en “dar a cada quien lo suyo”<sup>8</sup>, cuando por desconfianza en una capacidad –la interpretativa de la ley- que es consubstancial a la jurisdicción o por el pernicioso afán de centralizar el poder, se niega al juez ordinario la potestad de inaplicar la ley contraria a la Constitución, lo que en definitiva se hace es denegar la justicia del caso a quien la pide y la merece y, además, se daña la confianza pública en la certeza y primacía de la Carta Fundamental.

Por todo lo cual en Europa se muestra una convicción clara que el control concentrado y abstracto, destinado a anular la ley inconstitucional, no basta para resolver el problema. Es necesario que, junto a él, exista el control difuso, referido al caso concreto, con efecto *inter partes* pero al alcance de todos; el cual, si no resulta certero, es susceptible de corregirse por la vía de los recursos procesales.

Como un argumento toral a este respecto, es importante tomar en cuenta que hay situaciones en que la ley –*per se*- no es contraria a la Constitución; pero su aplicación al caso de que se trata si puede tener efectos contrarios a ésta. La inaplicabilidad de esa ley resuelve la justicia del caso y, además, deja subsistente una ley que merece tener carácter vinculante en sentido general.

De esta manera, en el continente europeo en la actualidad es inconcebible el establecimiento de una Constitución que no contenga la forma de garantizar la supremacía en su vigencia y aplicación. La justicia constitucional es hoy considerada como un elemento cardinal del Estado democrático.

---

<sup>8</sup> El principio exacto acuñado por Ulpiano es: "Iustitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi".

No obstante, no todas las democracias en Europa han visto en su nacimiento al control de constitucionalidad de leyes, no debemos perder de vista que existen países como Francia (infra § 3.3.3.) o Suiza, que, mediante revisiones constitucionales de carácter íntegro o aislado, han implementado el sistema de control de constitucionalidad de leyes, existiendo de igual manera en Europa casos de un control difuso de constitucionalidad de leyes, como lo es el caso de Suecia.<sup>9</sup>

Existen igualmente países que se han mostrado reacios al establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad de leyes, como es el caso de la Gran Bretaña, Países Bajos e Israel,<sup>10</sup> sin embargo, inclusive en aquellos países, a pesar de existir como en el caso del segundo de los señalados, la prohibición constitucional de control de constitucionalidad de leyes del parlamento, los jueces desaplican las leyes contrarias al derecho comunitario y al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en adelante CEDH.

También en el Reino Unido los jueces controlan las leyes del Parlamento en relación con el derecho comunitario, desaplicando las que lo contradicen, mientras que la *Human Rights Act* de 1998 ha reconocido que en caso de contraste entre una ley británica y los derechos previstos por el Convenio Europeo el juez puede declarar esta incompatibilidad, solicitando al legislador su intervención para modificar la disposición censurada.

Al llegar a este punto es donde nos preguntamos: ¿qué es lo que sigue en la evolución de la justicia constitucional en Europa?, el derecho supranacional y el derecho internacional inciden en el desarrollo de la justicia constitucional en el viejo continente también de otra manera, en los ordenamientos nacionales va creciendo el papel del derecho comunitario y del derecho internacional, que prevalecen sobre las fuentes internas, normas emanadas por ordenamientos que tienen sus propios jueces, encargados de la interpretación y aplicación de ese derecho.

De esta manera nos encontramos con la existencia de dos sistemas de justicia constitucional prevalecientes en el ámbito global, el de los Estados Unidos de América y, por otro lado, el de los Estados europeos. Los principales elementos de diferenciación entre el control de constitucionalidad norteamericano y el europeo, son tres: el órgano que se encarga de ejercer el control constitucional, el modo de activación de tal control y los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad.

Por otro lado, el modelo austriaco (infra §3.3.1) originalmente planeado es concentrado, principal y constitutivo. Concentrado porque la función de juzgar la constitucionalidad de las leyes se niega a los jueces en general y se reserva, por el contrario, a un órgano establecido al efecto. Principal porque el control de constitucionalidad se solicita en vía de acción, mediante un recurso dirigido a obtener un control abstracto de la compatibilidad de la ley con la Constitución, independientemente de una concreta aplicación de ésta. Constitutivo porque las sentencias con las que se declara la inconstitucionalidad de la ley determinan su derogación, *ex nunc* y *erga omnes*, sin prejuzgar las posibles aplicaciones que la ley hubiera tenido en el pasado. Se trata de un sistema dirigido esencialmente a asegurar la constitucionalidad de del derecho objetivo, mediante la eliminación de las leyes inconstitucionales, y que ha encontrado su culminación allí donde, como en la experiencia francesa, el control de constitucionalidad se desarrolla únicamente *a priori*, antes de la entrada en vigor de la ley.: aquí que la

<sup>9</sup> GROPPI, CELOTTO Y OLIVETTI (coord.) Op. cit. pp. 219 y ss.

<sup>10</sup> *Ibidem* p. 251.

tutela de los derechos aparece como una simple consecuencia de la conformidad de la ley con la Constitución.

No obstante es necesario hacer el señalamiento de que el control de constitucionalidad europeo no ha permanecido inmóvil en el ideal expresado por Hans Kelsen y que vio luz en su propia nación, la Constitución Italiana, por ejemplo, mediante la emisión de la ley constitucional de 1948<sup>11</sup> y la alemana de 1949, (infra §3.3.4.) prevén junto al control abstracto de las normas, un control concreto, que se activa en vía de excepción, a través de una cuestión de constitucionalidad promovida, de oficio o a petición de parte, por un juez común en el curso de un proceso, en el momento en que debe aplicar una norma al caso concreto.

Además la Constitución alemana de 1949, seguida por la española de 1978 (infra § 3.3.2.) y después por otros países, especialmente del este y centro de Europa, ha previsto, inspirándose en la experiencia suiza, una competencia más que se suma a las tradicionales de los órganos de Justicia Constitucional: la defensa de los derechos fundamentales, reconocidos en las constituciones (*Verfassungsbeschwerde* o recurso de amparo). Se trata de un proceso constitucional de carácter concreto y subjetivo, que tiene naturaleza residual y subsidiaria, que sirve de garantía última de los derechos fundamentales, cuando han sido agotados todos los remedios que ofrece la justicia ordinaria y administrativa.

A la luz de este desarrollo, algunos autores han introducido una ulterior clasificación de modelos de justicia constitucional, distinguiendo el modelo “centrado en la ley” y un modelo “centrado en los derechos”, siendo la tendencia en los últimos años, hacia un desplazamiento al segundo de los modelos señalados.<sup>12</sup>

### 3.3.1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL KELSENIANO –AUSTRIA–.

La importancia del Tribunal Constitucional austriaco radica en el hecho de que éste, es considerado el primer órgano de control de constitucionalidad de las leyes que históricamente entró en funcionamiento en el continente europeo, ligado a la obra de uno de los más importantes juristas en el mundo Hans Kelsen.

Es en primer término importante hacer justicia al Tribunal Constitucional checoslovaco, primer órgano de control de constitucionalidad establecido en Europa, en términos de la Constitución checoslovaca de 1920, sin embargo, el primer tribunal que efectivamente entró en funciones como tal, lo fue el austriaco,<sup>13</sup> hechas las pertinentes aclaraciones, procedo al análisis propuesto.

La idea del control de constitucionalidad de los actos del parlamento no constituía en Europa, ante el establecimiento de órganos de control de constitucionalidad, una novedad, la *judicial review of legislation*, había sido previamente analizada por los tratadistas europeos en el estudio que al respecto de realizó del sistema implementado después de la sentencia del Juez Marshall en los Estados Unidos, no es sino hasta pasada la segunda guerra mundial, que la justicia constitucional adquiere una importancia total en la existencia de los Estados europeos, no obstante, la importancia del Tribunal

<sup>11</sup> Ibidem p. 83.

<sup>12</sup> RUBIO LLORENTE, F. “TENDENCES ACTUELLES DE LA JURISDICTION CONSTITUTIONNELLE EN EUROPE”. EN ANN. INTER. JUSTICE CONST., XII. Económica PUAM. Paris Aix en Provence, 1996-1997, p. 16.

<sup>13</sup> GROPPPI, CELOTTO Y OLIVETTI (coord.) Op. cit. p. 33.

Constitucional austriaco radica en la persona de su promotor: Hans Kelsen, quien fungiendo como consejero del gobierno austriaco en la elaboración de la Constitución de octubre de 1920 y siendo posteriormente uno de los más destacados miembros del tribunal, contribuyó a conformar la jurisprudencia.

De esta manera, la importancia del eminente jurista en la participación que tuvo en la creación del Tribunal Constitucional, es importante fundamentalmente por la presentación del tribunal austriaco como un tribunal kelseniano, llamado a interpretar una carta constitucional de un país hasta cierto punto insignificante en el contexto en el que se desenvuelve, con una jurisprudencia que sólo en los últimos años se ha dirigido a un control no sólo del reparto de competencias entre el *Bund* y los *Länder* y sobre los aspectos procedimentales de los actos sometidos a su control, sino también al control de la conformidad-disconformidad de los contenidos de las leyes con las normas materiales de la Constitución.

Las competencias de este tribunal pueden agruparse en los siguientes puntos:<sup>14</sup>

- a) Control de constitucionalidad de leyes;
- b) Control de legitimidad de los reglamentos;
- c) Garantía del reparto de competencias entre Federación y Lander;
- d) Tutela de los derechos mediante un recurso individual;
- e) Resolución de conflictos de competencia e interpretación de las normas de competencia de algunos órganos o entes;
- f) "otras funciones" (justicia electoral, responsabilidad penal de los órganos de gobierno federal y estatal, etc.)

La competencia principal es, sin duda, el control de constitucionalidad de las leyes, estatales y federales (art. 140 de la Constitución). Éste puede tener lugar, tras la entrada en vigor de la ley, a iniciativa de:<sup>15</sup>

- a) Algunos jueces (el tribunal supremo, el tribunal administrativo federal, los jueces de segunda instancia);
- b) Un tercio de los miembros de cada una de las Cámaras (*Nationalrat* y *Bundesrat*);
- c) Un tercio de los miembros del parlamento del land para las leyes de aquel land, cuando esto esté previsto por la Constitución de ese Land;
- d) Toda persona;
- e) Los senados administrativos independientes;
- f) La sección federal independiente para el derecho de asilo.

A estos sujetos legitimados se suman, además, para la tutela del reparto de competencias entre Federación y Estados miembros:

- a) El gobierno federal contra las leyes estatales y;
- b) Los gobiernos de los Estados miembros, contra las leyes federales;

<sup>14</sup> Constitución Austriaca Sexta Parte, apartado B "DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ("Verfäslmgsgerichtshof") en [http://www.constitucion.es/otras\\_constituciones/europa/austria.html](http://www.constitucion.es/otras_constituciones/europa/austria.html).

<sup>15</sup> Idem.

El tribunal mismo puede plantearse de oficio una cuestión de constitucionalidad cuando considera que una norma jurídica que debiera aplicar al caso pudiera resultar inconstitucional, lo que puede suceder con ocasión de un control de reglamentos y de recursos individuales contra medidas administrativas lesivas de derechos constitucionales, según el artículo 144 de la Constitución.

En el caso del control concreto de leyes la cuestión de constitucionalidad puede ser sometida por los jueces al tribunal, sobre una disposición que deba ser aplicada en el proceso, esto es, si es prejudicial, aunque no es preciso que su decisión tenga que producir efectos en el caso que ha originado la cuestión, el juez que ha elevado la cuestión debe tener dudas (*Bedenken*) sobre su la constitucionalidad de la ley.

En el caso del recurso individual contra leyes, éste sólo es admisible cuando, en términos del artículo 140, apartado 1 de la Constitución austriaca, el recurrente afirma "haber sido lesionado en sus derechos por la inconstitucionalidad de una ley en la medida en que ésta haya producido efectos en relación con esa persona sin necesidad de una decisión judicial o de una medida administrativa." El recurso individual se somete al escrutinio muy estricto por el Tribunal Constitucional cuando decida sobre su admisibilidad.

El tribunal considera necesaria la presencia de dos requisitos:

- a) Que exista una lesión actual y directa en la esfera jurídica del interesado;
- b) Que el recurrente no tenga a disposición ningún otro instrumento jurídico de tutela jurisdiccional o administrativa.

El tribunal austriaco ha tenido en general una actitud muy cauta al respecto de la interpretación de los derechos. Tras haberse movido en una perspectiva Kelseniana en los años de la primera república, negándose a entender los derechos constitucionales como límite a la actividad del legislador, el tribunal ha abandonado esta actitud reduccionista, adoptando desde 1950 en adelante una visión similar a la de los demás tribunales europeos. Con todo, ha continuado interpretándolos primordialmente como límite a la acción del Estado, excluyendo en general tanto su eficacia frente a terceros como que de ellos se deduzca la obligación para el Estado de garantizar el bien protegido por el derecho, con excepción, en este sentido, de los derechos contenidos en el CEDH. En general, el Tribunal ha evitado utilizar los derechos fundamentales como mandatos para la acción del legislador.

El proceso ante el Tribunal Constitucional lo regula la ley ordinaria sobre el Tribunal Constitucional y de manera supletoria el código de procedimiento civil, el tribunal actúa por norma a instancia de los sujetos legitimados para promover los distintos procesos, pero puede actuar de oficio en el curso de otros procesos.

Las decisiones son adoptadas por el pleno del tribunal, en general en presencia de al menos ocho miembros, sólo para una serie concreta de casos, la ley que regula el tribunal consiente en que las decisiones se adopten por una sala compuesta por el Presidente y por cuatro jueces.

El tribunal se pronuncia en los límites de la demanda, salvo en limitadas excepciones, y puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o la ilegitimidad de un reglamento en su totalidad o sólo en

parte. La decisión del Tribunal puede afectar a un reglamento en su totalidad, por vicio de incompetencia, aunque éste haya sido impugnado sólo en parte.

Las decisiones (*Erkenntnisse*) del Tribunal Constitucional se adoptan y se pronuncian oralmente tras la conclusión de la vista oral. Así, las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de una ley o la ilegitimidad de un reglamento deben ser publicadas (*Kundmachung*) en la hoja oficial del ente territorial que había dictado el acto (*Bundesgesetzblatt o Landesgesetzblatt*).

Junto con la motivación y publicación en sentido formal, constitucionalmente previstas, el tribunal en los últimos años ha advertido siempre con mayor frecuencia la exigencia de hacer inteligibles a la opinión pública no docta en la materia, sus decisiones más importantes, recurriendo a publicados de prensa y en ocasiones a verdaderas conferencias de prensa a fin de hacer del conocimiento del pueblo en general el alcance de su jurisprudencia.

Las sentencias de inconstitucionalidad tienen en el modelo austriaco efectos constitutivos, no así declarativos, la ley declarada inconstitucional es eficaz hasta la publicación de la decisión del tribunal. Así, el efecto producido ha sido considerado como una forma de derogación (*Aufhebung*) de la disposición declarada inconstitucional.<sup>16</sup> De hecho, el efecto derogatorio se explica perfectamente a la luz de la configuración original del sistema austriaco de justicia constitucional, que tenía carácter esencialmente concentrado y abstracto, aunque si en el sistema original se precisaba que márgenes de retroactividad de la decisión del tribunal, en relación con el caso concreto que dio origen al proceso, eran inevitables en los casos en los que el control no era abstracto; aquellos en los que el tribunal actuaba de oficio.

El artículo 140.7 de la Constitución austriaca precisa expresamente que:

"si una ley ha sido derogada por ser inconstitucional... todos los tribunales y las autoridades administrativas están vinculados por la sentencia del tribunal. La ley continúa sin embargo aplicándose a los casos de los que se estaba conociendo antes de la derogación con excepción del caso que ha sido objeto de la decisión."

Por su parte el artículo 104.6 constitucional establece expresamente que el cese de eficacia de una norma declarada inconstitucional conlleva la reviviscencia de la disposición que la norma inconstitucionalidad había a su vez derogado.

El tribunal austriaco puede asimismo establecer la temporalidad de sus sentencias, esto es, a partir de la emisión de la sentencia, el tribunal puede disponer su "entrada en vigor" hasta un plazo máximo de dieciocho meses después a la emisión de la sentencia, con lo que, con la excepción del caso concreto que ha llevado a decretar la inconstitucionalidad de la ley, ésta sigue siendo aplicada al común de la sociedad, a fin de que no se genere la laguna de la ley y que el legislador tenga el tiempo suficiente para llevar a cabo la reforma correspondiente, en este último punto no debe dejar de tomarse en cuenta la diferencia primordial entre las sentencias del Tribunal Constitucional austriaco y el alemán, pues mientras que este último señala en sus sentencias las directrices en las que deberá desenvolverse el legislador, las sentencias del tribunal austriaco no comparten esta característica.

<sup>16</sup> GROPPY, CELOTTO Y OLIVETTI (coord.) Op. cit. p. 51.

### 3.3.2. EL CASO ESPAÑOL.

Los órganos constitucionales pueden definirse como el elemento necesario de un determinado Estado, participando en la formación de la voluntad estatal, de forma que su desaparición o transformación radical implicaría un cambio en la estructura del propio Estado. Estos órganos son establecidos y configurados en la vía constitucional, mediante la determinación de su composición, el modo y forma de elección de sus miembros, ámbito normativo de desarrollo de sus facultades, etc. Ocupan una posición suprema e independiente, de potestad de organización interna, de autonomía financiera, que garantiza dicha autonomía.

El constituyente español determinó en el momento de creación de su Constitución, la introducción de un sistema de justicia constitucional complementario al Estado democrático y de derecho que se quería instaurar, optando por un sistema concentrado de justicia constitucional, con base en el cual se atribuyeron las funciones propias de la jurisdicción constitucional a un único órgano: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El Título Noveno de la Constitución Española (CE) establece el régimen normativo primigenio de actuación del Tribunal Constitucional de aquel país; asimismo, el desarrollo de los preceptos constitucionales contenidos en el título en mención, fue consagrado en la Ley Orgánica 2/1979 (LOTC), de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.<sup>17</sup>

El Tribunal Constitucional español según el artículo 1 de la LOTC, es un tribunal independiente de los demás órganos constitucionales sometido únicamente a la Constitución y a su Ley. Es un órgano fundamental en la estructura del Estado que participa de la dirección del mismo, fundamental en la materialización del principio de división de poderes.

Para garantizar su independencia, la LOTC le reconoce autonomía tanto reglamentaria como presupuestaria. El artículo 2,2 estatuye la posibilidad de que el tribunal dicte reglamentos sobre su funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, en el ámbito de la ley. Reglamentos que deberán ser aprobados por el Tribunal en Pleno, y publicados en el Boletín Oficial del Estado (símil del Diario Oficial de la Federación en México), autorizados por su Presidente. El establecimiento de esta autonomía reglamentaria y financiera pretende garantizar la independencia del Tribunal frente al Gobierno, titular de la potestad reglamentaria y órgano encargado de la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado. Teniendo de igual manera sus miembros garantía de inamovilidad e independencia.

Sus miembros son designados por órganos políticos, no obstante, a pesar de esta situación y de que algunas de sus decisiones puedan tener importantes repercusiones políticas, no por ello deja de ser un verdadero Tribunal, derivado de la actividad política que, finalmente, se somete también al derecho, lo interpreta y lo aplica.

Este carácter jurisdiccional legitima la existencia del Tribunal Constitucional español y explica su convivencia con los tres poderes del Estado, toda vez que no forma parte del poder judicial, es asimismo un órgano carente de toda iniciativa cuya actuación se ve condicionada al impulso de los sujetos legitimados para promover los procedimientos constitucionales.

---

<sup>17</sup> Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, fuente: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/lo2-1979.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo2-1979.html).

El artículo 1.1 LOTC define al tribunal como supremo intérprete de la Constitución, especial atención se debe de poner en el hecho de que se define al mencionado tribunal como supremo intérprete de la Constitución, no el único, con lo que la interpretación suprema de este tribunal hace del mismo el último intérprete de la ley fundamental, quedando todos los poderes públicos a la interpretación de la Constitución que éste haga, a la propia Constitución.

El artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Español<sup>18</sup> dispone que los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, igualmente conforme a la interpretación derivada de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

La composición de este órgano constitucional es de doce magistrados, nombrados por el Rey, (debemos recordar que España mantiene la tradición monárquica como parte de su régimen gubernamental) a instancias de los órganos constitucionales competentes: las dos Cámaras integrantes de las Cortes Generales, eligen cada una de ellas a cuatro magistrados, requiriéndose una mayoría de tres quintos para su designación; por su parte, al Gobierno y al Consejo General del Poder Judicial, corresponde la designación de dos magistrados. En la elección de estos magistrados participan los tres poderes del Estado, predominando el legislativo.

Los magistrados del Tribunal Constitucional cuentan con la prerrogativa de fuero, de modo que la competencia para conocer acerca de su eventual responsabilidad criminal corresponde exclusivamente a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español.

De entre sus miembros, el Pleno del Tribunal elige, en votación secreta y separadamente, a su Presidente y Vicepresidente por un período de tres años y proponen sus respectivos nombramientos al Rey. Requiere alcanzar en primera votación la mayoría absoluta, o en segunda quien obtenga el mayor número de votos. En caso de empate se realiza una tercera votación, que de mantenerse será propuesto el candidato de mayor antigüedad o el de mayor edad. El Presidente del tribunal ostenta la representación institucional del mismo, convoca y preside el Pleno, la sala primera de éste y, en materia gubernativa, la Junta de gobierno. El Vicepresidente sustituirá al Presidente.

La presidencia está asistida por un gabinete técnico, al cual le corresponde dirigir su secretaría particular, organizar y custodiar los archivos, realizar estudios, recopilar y analizar información de interés general para el Tribunal Constitucional.

Al respecto del desempeño de las funciones jurisdiccionales conferidas al tribunal, éste es un órgano constitucional unitario. Además del pleno, consta de dos salas (primera y segunda), compuestas por seis magistrados cada una, y dentro de cada sala, dos secciones formadas por tres magistrados, mismos que ejercen las siguientes competencias:

➤ Compete al Pleno:

El conocimiento de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad promovidas contra normas con valor de ley; resolver los conflictos de competencias de naturaleza inter territorial entre el Estado y las comunidades autónomas o de éstas entre sí, así como de las impugnaciones que formule el

---

<sup>18</sup> Fuente: <http://procuradores-alicante.com/leyorganicadelpoderjudicial.htm>.

Gobierno; conocer de los conflictos entre órganos constitucionales del Estado y de los conflictos en defensa de la autonomía local; declarar, requerimiento, si un tratado internacional contiene o no estipulaciones contrarias a la Constitución; resolver la eventual recusación de alguno de los magistrados; y finalmente de cualquier otro asunto de la jurisdicción del tribunal.

➤ Compete a las Salas:

Conocer de los recursos de amparo constitucional y de los aspectos incidentales procesalmente inherentes a los mismos, así como acordar la suspensión de la ejecución del acto de los poderes públicos, por razón del cual se reclame el amparo constitucional.

➤ Compete a las Secciones:

Asumir el despacho ordinario de los asuntos que entran en el tribunal y deciden sobre la admisión o inadmisión de los recursos.

### 3.3.2.1. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

La regulación normativa del recurso de inconstitucionalidad está contenida en los numerales 31 a 34 de la LOTC. La simplicidad de la tramitación del recurso, oculta tras de sí un considerable número de interrogantes procesales, la mayoría debidos a la doble función que desempeña el Tribunal Constitucional español, donde no sólo es Juez de la constitucionalidad de la ley del Estado, sino también de las distintas leyes que dictan las comunidades autónomas.

Según dispone el artículo 162.1. de la Constitución Española, y el artículo 32 de la LOTC, están legitimados para promover el recurso de inconstitucionalidad:

- a) El Presidente del Gobierno.
- b) El Defensor del Pueblo.
- c) 50 Diputados.
- d) 50 Senadores, y
- e) Los órganos ejecutivos y Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto.

La inconstitucionalidad de una ley no puede ser pedida directamente por los ciudadanos a título individual o por cualesquiera otros órganos del Estado o personas jurídicas, ya sean públicas o privadas.

En los artículos 161.1 y 163 de la Constitución se señalan como impugnables ante el Tribunal Constitucional las "leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley".

La LOTC, en su artículo 27.2 enumera las normas susceptibles de declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, a decir:

- a) Los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas.
- b) Las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley.

- c) Los Tratados internacionales.
- d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.
- e) Las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas.
- f) Los Reglamentos de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.

El recurso de inconstitucionalidad sólo puede intentarse en contra de las disposiciones normativas señaladas, sin poderse promover la llamada inconstitucionalidad por omisión, es decir, no se encuentra sujeta a juicio la inactividad del legislador.

Este recurso es un instrumento destinado al ejercicio de control de las normas, no son objeto del mismo las exposiciones de motivos, incorporadas a los textos, en virtud de carecer las mismas de valor normativo, por lo que sólo son tomadas como un referente a efecto de dilucidar la voluntad del legislador.

Sólo se posibilita el enjuiciamiento de leyes vigentes, pero el hecho de que una norma reproduzca otra anterior no recurrida no impide la impugnación de la que se encuentra en vigor.

El único canon para considerar la inconstitucionalidad de una ley, lo es la Constitución vigente, ni los tratados internacionales, ni el derecho comunitario, ni cualquier otra disposición normativa externa o interna pueden operar como norma de contraste para declarar la inconstitucionalidad de una ley.

La invalidez de una ley puede derivarse asimismo de un vicio en el procedimiento de su elaboración, siempre que dicho vicio de procedimiento afecte directa e inequívocamente a contenidos constitucionalmente garantizados.

El artículo 28.1 de la LOTC dispone que para apreciar la conformidad o disconformidad de una ley con la Constitución, el TC considerará, además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hubiesen dictado para delimitar las competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, así como para regular o armonizar el ejercicio de estas.

### 3.3.2.2. EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS.

El artículo 95.2 de la Constitución Española faculta al gobierno, a los diputados o al senado para requerir del Tribunal Constitucional el pronunciamiento de constitucionalidad o inconstitucionalidad de las estipulaciones de un tratado internacional, antes de su integración en el ordenamiento español, rigiendo el procedimiento a través de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, concretamente el artículo 78 LOTC.

La declaración de contradicción inter normativa tienen como consecuencia que el dispositivo internacional sólo puede ser suscrito previa realización de la reforma constitucional correspondiente.

La LOTC señala que una vez recibido requerimiento, el Tribunal Constitucional español emplazará a los demás órganos legitimados para que en el plazo de un mes aleguen en relación con la cuestión planteada. En el siguiente mes el Tribunal Constitucional dictará una resolución de carácter vinculante.

Este procedimiento sólo se ha usado una única vez como consecuencia del tratado de la Unión Europea, que podía ser incompatible con el artículo 13.2 de la Constitución el cual establecía el derecho de sufragio, de manera exclusiva, para los ciudadanos españoles en los casos de elecciones municipales, en virtud del establecimiento de la ciudadanía europea y conforme a los términos de conformación de la unión, se llevó a cabo la reforma constitucional el 27 de agosto de 1992, a efecto de permitir el derecho de sufragio pasivo a los habitantes de la Unión en las elecciones municipales.

### 3.3.2.3. LA CUESTIÓN Y LA AUTOCUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD.

Otro de los procedimientos en los que se puede ver imbuido un tratado internacional, sin ser exclusivo de este tipo de dispositivos, lo es la cuestión de inconstitucionalidad, la diferencia entre ésta y el control de constitucionalidad de los tratados es el carácter que ambas revisten, siendo la primera de las vías señaladas de control previo y la segunda de carácter posterior, además de que la primera puede provocar la reforma constitucional, la reserva de la disposición internacional que no es acorde con la Constitución o la no celebración del tratado, mientras que la segunda de las vías señaladas, es susceptible de provocar la reforma legal o, en su caso, la denuncia de la parte del tratado que no es acorde con la ley, optándose generalmente por la primera de las situaciones señaladas, en virtud de la ubicación genérica de los tratados como normas supremas.

Es este un instrumento de constitucionalidad de las leyes que, a diferencia del recurso de inconstitucionalidad, está a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución. Esta doble supeditación les permite aplicar o no la ley que consideran inconstitucional. La resolución produce iguales resultados que la del recurso de inconstitucionalidad. El punto de partida será siempre un procedimiento ordinario considerado como la vía de prejudicialidad constitucional, ya que el juez está obligado a suspender la resolución del caso hasta que el Tribunal Constitucional despeja las dudas de constitucionalidad de la ley de cuya validez depende el fallo.

El tribunal no puede hacer la revisión de la legalidad del procedimiento seguido, ni argumentar en torno a las cuestiones subjetivas del proceso, pudiendo declarar tan sólo la nulidad de las normas legales en cuestión.

Así pues, la cuestión en su origen es de control concreto pues tiene que estar necesariamente conectada con un proceso ordinario; pero pierde este carácter concreto para convertirse en la resolución en un control abstracto, o lo que se ha dado en llamar el control concreto impropio.

El caso del autocontrol de constitucionalidad se encuentra delimitado en el artículo 55.2 de la LOTC, mismo que establece que:

“... en el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la ley aplicada lesiona derechos fundamentales libertades públicas, la Sala elevará a la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha ley en nueva sentencia.”

Los trámites son los mismos que los de la cuestión de inconstitucionalidad, pero se trata de dos técnicas de control de diferente naturaleza: en la auto cuestión no se plantea una duda prejudicial. No se pretende decidir una incidencia surgida en un proceso aún pendiente, ya que el proceso que sirve de

partida ya ha concluido. Tampoco es preciso plantear la auto cuestión cada vez que se otorga un amparo.

La auto cuestión o cuestión interna es un mecanismo de conexión de dos procesos distintos, el previo amparo que abre paso a una posterior declaración de inconstitucionalidad. O, dicho de otra manera, establece un enlace secuencial entre dos procesos constitucionales que, sobre objetos distintos, se resuelven también de manera independiente, sin ser un caso de transformación procesal en el que el recurso de amparo, acabe siendo un recurso abstracto de inconstitucionalidad.

La condición imprescindible para iniciar la vía de auto cuestión de constitucionalidad lo es el otorgamiento del amparo, sólo en caso de que se hubiere producido una lesión concreta y actual de un derecho fundamental podrá efectuar el tribunal el control abstracto de constitucionalidad de la ley aplicada. Es por esta condición imprescindible que no cabe una impugnación abstracta de las leyes por los particulares, aunque en el amparo los particulares puedan argumentar la inconstitucionalidad del precepto legal impugnado, pero teniendo siempre claro que por medio del recurso de amparo no se efectúa el control abstracto de la constitucionalidad de las leyes, ya que de estimarse, sólo podrá declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas en ese caso concreto tal y como se materializa en México por virtud del principio de relatividad de las sentencias.

Así las cosas, es requisito indispensable la conexión entre el dispositivo legal y el objeto de la demanda de amparo. Cuando las salas o el pleno, al resolver un recurso de amparo de estas características llegan a la convicción de que se ha producido la vulneración del derecho fundamental, han de declarar acto seguido si la estimación del amparo, obedeció a la inconstitucionalidad de la propia ley, conservándose de igual manera el principio de conservación, mediante el cual el Tribunal Constitucional debe agotar todas las posibilidades de interpretación que ofrece la ley conforme a la Constitución.

### 3.3.3. EL CASO FRANCÉS.

El control desarrollado por un órgano político conoce, igualmente, criterios técnicos, como en Francia, surgido ya por inspiración de *Sieyès*, inspirador de la Revolución Francesa y uno de los principales legisladores de aquella época, lo cual, buscaba interpretar y remediar el sentimiento nacional de desconfianza contra los tribunales del *ancien régime*.

Hasta el inicio de la Quinta República Francesa,<sup>19</sup> el sistema jurídico francés se caracterizaba por la ausencia de un control de constitucionalidad de leyes, de esta manera, la garantía de supremacía de la Constitución quedaba en las manos del omnipotente poder legislativo.

El primer paso hacia el establecimiento de un parangón en sentido contrario a la corriente francesa, se actualizó mediante la emisión de la Constitución de 1958, que se encargó de establecer al Consejo de Estado Constitucional, garante del principio de separación de poderes y del sistema de parlamentarismo racionalizado que pretendía establecer la Constitución de 1958. Una década después el Consejo de Estado se encargaría de desarrollar el control de constitucionalidad material de las leyes.

<sup>19</sup> Como dato cultural debemos recordar que Francia ha sido constituida por cinco Repúblicas, representativas de los gobiernos que han derivado de diversos conflictos de orden bélico, ya sea interno o externo, siendo la Primer República la instaurada bajo el auspicio de la Revolución Francesa, la Segunda a la luz de las revoluciones de 1830, 1848 y 1871 (la Comuna de París), la Tercera que se prolongó desde 1870 hasta mediados del siglo XX, la Cuarta después de la liberación de la República Francesa del dominio alemán en la Segunda Guerra Mundial y la Quinta desde la promulgación de la Constitución de 1958.

Con la Constitución de 1958, Francia conoce más una oportunidad de ejercer el control de tipo político de la constitucionalidad, según lo previsto por el artículo 62 de su Carta Suprema: “las decisiones del Consejo Constitucional no son susceptibles de recurso” y “se imponen a todos los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales.”<sup>20</sup>

La necesidad en el establecimiento de control de constitucionalidad de las leyes no obstante ya se había actualizado desde antes de la Constitución de 1958, los *parlements* encargados de la impartición de justicia en el Estado francés, habían sostenido inclusive la facultad de ir en contra de las leyes de la corona cuando éstas estuvieran en contra de las leyes fundamentales del país galo, este intento, a decir de Mauro Cappelletti,<sup>21</sup> representaba la tendencia del juez de positivizar el derecho natural, a fin de otorgar una mayor protección a los gobernados.

El activismo de los *parlements* sirve para explicar la profunda aversión frente al control judicial que, a partir de la Revolución, recorre la historia constitucional francesa. Sólo en un primer momento supieron éstos actuar como defensores de las libertades individuales frente a los abusos de la monarquía. A partir de 1778, cuando el Parlamento de París se pronunció a favor del mantenimiento de la organización tradicional de los Estados generales, éstos perdieron el apoyo de la opinión pública.

Así las cosas, la ruptura consumada entre los tribunales de justicia y el partido revolucionario, derivó en el reiterado rechazo y prohibición expresa de introducir formas de control de constitucionalidad de leyes. La mencionada prohibición expresa se encontraba enmarcada en el artículo 10 de la ley del dieciséis y veinticuatro de agosto de 1790 sobre la organización judicial en el que se lee:

*“Los jueces no podrán impedir o suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo sancionados por el rey.”*<sup>22</sup>

En particular, mientras las constituciones revolucionarias permanecen fieles al principio según el cual es el mismo cuerpo legislativo quien asegura el respeto a la Constitución, admitiéndose como máximo, y como *extrema ratio* frente a la violación a la Constitución, la insurrección popular, con la idea del tratadista Sieyès, inspiró en el año de 1799 la institución del llamado *Senat Conservateur*.<sup>23</sup> Compuesto por ochenta miembros vitalicios e inamovibles, el *Senat Conservateur* tenía el poder de anular las leyes inconstitucionales, sometidas a su control por el tribunal o por el Ejecutivo. No obstante, la idea reaccionista terminó siendo letra muerta, de manera tal que el *Senat* terminó siendo un órgano protector de las libertades individuales, no así de la Constitución.

La idea del Senado “*gardien du pacte fondamentale et des libertés publiques*” resurge con la Constitución de 1852, sin embargo, la absoluta sujeción al emperador por parte de este Senado impedirá al mismo el ejercicio de sus funciones.

Con la transformación del senado en segunda cámara, la cuestión de control de constitucionalidad de leyes parece olvidarse por completo.

<sup>20</sup> Fuente: [http://www.constitucion.es/otras\\_constituciones/europa/francia.html](http://www.constitucion.es/otras_constituciones/europa/francia.html).

<sup>21</sup> CAPPELLETTI, Mauro., *EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL DERECHO COMPARADO*, Giuffrè. Milán, 1968, pp. 49 y ss.

<sup>22</sup> LIBONE Elena, *LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN FRANCIA*, en Tania Groppi, Alfonso Celotto y Marco Olivetti (coord.), Op. cit. pp. 104 y 105.

<sup>23</sup> Idem.

El debate al respecto del establecimiento de un organismo de control de constitucionalidad de leyes resurge con fuerza después de la segunda guerra mundial, con el proyecto de Constitución de 1946, el *comité constitutionnel* aparece en la escena política y junto con él el deseo de establecer un órgano efectivo de contralor de las leyes de la república bajo el principio de supremacía constitucional, la competencia de tal órgano resultaba sin embargo limitada desde una doble perspectiva: en cuanto a las modalidades de activación del control constitucional, éste sólo era factible previa petición del Jefe de Estado y de la Cámara Alta; mientras que desde el punto de vista de los efectos que dicho control generaba, el Comité se limitaba a valorar si la promulgación de la ley requería una previa revisión constitucional.

Así tenemos que, con el precedente del *Comité constitutionnel*, nace a la luz de la Constitución de 1958 el *Conseil constitutionnel*, encargado de dirimir los conflictos de orden jurídico que surgieran entre los diversos órganos del Estado, frenando los excesos del poder legislativo.<sup>24</sup>

El Consejo Constitucional Francés encuentra su establecimiento constitucional en el título VII de la Constitución francesa, así como la ordenanza número 58-1067 que contiene la ley orgánica del órgano de justicia constitucional. El Consejo constitucional no se sitúa en la cúspide de ninguna jerarquía de tribunales judiciales o administrativos. En este sentido, no es un tribunal supremo.

La composición del tribunal se renueva por un tercio cada tres años. A los componentes nombrados se suman los ex Presidentes de la República, que entran a formar parte del *Conseil* como miembros de derecho vitalicios.

En sus primeros años, el *Conseil constitutionnel*, mantuvo sus competencias en los términos señalados por la Constitución de 1958, sin embargo, a partir de los años sesenta, la transformación del órgano de control constitucional se ha materializado en la resolución de los casos que se han puesto a su consideración.

Tal evolución se materializó a partir del año 1971 en el que el consejo se separó de la interpretación restrictiva del artículo 61 de la Constitución, mediante la resolución al caso 71-44 DC,<sup>25</sup> en el que, al analizar el caso correspondiente, el *Conseil* incorporó al parámetro del juicio de constitucionalidad el preámbulo de la Constitución Francesa, así como la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

El modelo francés de control de constitucionalidad de leyes tiene un carácter preventivo y abstracto, en términos del artículo 54 de la Constitución francesa, se contempla la posibilidad de que los compromisos internacionales se pongan a consideración del *Conseil constitutionnel*, antes de su ratificación.

El procedimiento es bastante rápido, por regla general, al final de la sesión parlamentaria, se recurre al *Conseil constitutionnel*, a efecto de que en el plazo de un mes realice las manifestaciones

<sup>24</sup> Fuente: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/langues/espagnol/esp4.htm>.

<sup>25</sup> En el caso particular, el Consejo Constitucional consideró que más allá de la distinción entre derechos y libertades, lo esencial es que el poder legislativo, al elaborar textos de derecho positivo, garantiza el ejercicio de derechos y libertades inscritos en la Norma Suprema –la Constitución y eventualmente las declaraciones de derechos que se incorporan. Hecho que se puede apreciar en el preámbulo a la Constitución francesa del 4 de octubre de 1958, en donde se “proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmado y completado por el Preámbulo de la Constitución de 1946”. Preámbulo que el Consejo Constitucional ha considerado con el mismo valor que el texto constitucional mismo. Fuente: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm>

pertinentes o, en caso de ser requerido por el Gobierno, que manifieste lo que en derecho corresponda en un plazo de ocho días.

Los controles que lleva a cabo el *Conseil constitutionnel*, pueden explicarse en tres rubros:

- El control de las leyes ordinarias;
- El control de las leyes orgánicas y de los reglamentos de las asambleas legislativas;
- El parámetro de constitucionalidad; y
- El control de los actos de derecho internacional;

Los mencionados controles tienen diversos modos de materialización, mismos que procedo a describir.

El control de leyes ordinarias tiene un carácter facultativo, éste debe ser promovido por una autoridad política, pudiendo ser ésta el Presidente de la República, el Primer Ministro y los Presidentes de cada una de las asambleas legislativas, o, en su defecto, hasta un grupo de sesenta diputados o el mismo número de senadores.

Este tipo de control ha sido ampliamente discutido al respecto de la existencia de leyes constitucionales y las leyes refrendarias, y del control que el Consejo puede llevar a cabo al respecto de éstas. No obstante, es preciso señalar que el propio consejo en la resolución 92-313 DC, relativa a la ratificación del *Tratado de Maastricht*, ha sostenido que, no obstante el carácter del poder constituyente derivado, éste no puede considerarse libre de todo límite formal y sustancial, con lo que el *Conseil* parece estar afirmando su competencia para conocer de tales actos.

En cuanto a las leyes llamadas refrendarias, es decir aquellas leyes ordinarias aprobadas por consulta popular, el *Conseil* ha adoptado una actitud más firme, conforme a una interpretación restrictiva de sus competencias, en razón de la cual sólo puede ejercitar su control sobre actos de origen parlamentario, afirmando que, en cuanto expresión directa de la voluntad popular, las leyes refrendarias no pueden ser sometidas al control de constitucionalidad.

Al respecto del control de las leyes y de los reglamentos de las asambleas legislativas, el mismo tiene un carácter obligatorio, el Primer Ministro en el caso de leyes orgánicas transmite al *Conseil* el texto a adoptar; mientras que en el caso de reglamentos parlamentarios es la cámara interesada, a través de su Presidente, la que pone a consideración del *Conseil*, dichos ordenamientos.

Precisamente en el control de los reglamentos es en donde el Estado francés establece una excepción al principio de inmunidad de los dichos reglamentos, como perfeccionamiento al Estado de Derecho, al someter a los reglamentos a un estricto escrutinio, con el objetivo de salvaguardar a través de sus decisiones, por un lado, las prerrogativas del Gobierno frente a posibles lecturas abusivas por parte del legislador y, por otro, los derechos parlamentarios individuales, asegurando la racionalización del régimen parlamentario.

### 3.3.3.1. EL CONTROL DE LOS ACTOS DE DERECHO INTERNACIONAL.

Al respecto del control señalado, en términos del artículo 54 de la Constitución Francesa se establece que el mismo tiene un carácter preventivo y facultativo, esto es, se produce frente a un acuerdo aún no ratificado o aprobado, por impulso de las autoridades establecidas en el artículo 61.2 de la Constitución a través del Presidente o del Primer Ministro, así como de un número de hasta 60 diputados o senadores, esto último hasta la reforma a la Constitución de 1992.

El objeto del juicio en términos del artículo 54 de la Constitución española, podrá efectuarse sobre cualquier acto de derecho internacional que pudiera comprometer al Estado francés, analizando meticulosamente cada uno de los artículos que comprenden los mencionados acuerdos internacionales.

En cuanto a los efectos del pronunciamiento, el numeral constitucional previamente referido dispone que en el caso de que sea declarada la no compatibilidad con la Constitución, la autorización para la ratificación o aprobación del compromiso internacional puede producirse sólo previa revisión constitucional.

Cuando esta forma de control preventivo no sea promovida, al consejo le queda abierta la posibilidad de controlar la constitucionalidad de los acuerdos internacionales a través de la impugnación de la ley de autorización para la ratificación o para la aprobación, en términos del artículo 61 apartado 2 de la Constitución Francesa con la exclusión, en los términos de dicho artículo, de la ley de ratificación aprobada mediante *referendum*.

### 3.3.3.2. EL BLOQUE O PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD.

Esta doctrina ha sido seguida por el Tribunal Constitucional desde los primeros años de su existencia a efecto de realizar el estudio de leyes, no sólo a la luz de los parámetros que enmarca el numeral constitucional que da vida al consejo de constitucionalidad, sino a través de la aplicación de los principios que dan sustento a la Carta Magna francesa.

La ampliación de parámetros en el estudio de constitucionalidad por parte del juez constitucional, ha permitido a éste juzgar la constitucionalidad de las leyes de conformidad con los principios que contienen las declaraciones de derechos y libertades de la tradición constitucional francesa, lo que ha transformado la faz del *Conseil*, mismo que se ha vuelto una auténtica jurisdicción de las libertades.<sup>26</sup>

No obstante, en el área del derecho internacional, el *Conseil* ha sido un poco más cauteloso en el estudio de los mismos, pues su propio carácter e inclusive los principios rectores de los acuerdos internacionales, una vez celebrados los mismos, se superponen al derecho interno. El propio *Conseil*, al atribuir valor constitucional al principio *Pacta Sunt Servanda*, ha abierto el camino a un control de conformidad de la ley con los tratados internacionales, es decir, incluye dentro del bloque o parámetro de constitucionalidad, al derecho comunitario y europeo.

<sup>26</sup> LIBONE Elena, LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN FRANCIA, en Tania Groppi, Alfonso Celotto y Marco Olivetti (coord.) Op. cit. p.115.

### 3.3.3.3. LOS TIPOS DE DECISIONES.

La creación de una cultura constitucional ha hecho que el consejo de constitucionalidad francés argumente de mejor manera sus decisiones. En cuanto a la tipología de sus decisiones, existen dos tipos: las decisiones llamadas de *non conformité*, que impiden la promulgación de la ley

Así pues, analizando el entorno político y social en el que se promulgara la Constitución de la Quinta República, podemos bien señalar que la función del control de constitucionalidad de las normas que se lleva a cabo en el país galo en la actualidad, es una de las más importantes funciones que tiene a su cargo el Consejo Constitucional, pues inclusive, a través de su jurisprudencia, ha comenzado a ejercer una ejemplar influencia sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

### 3.3.4. EL CASO ALEMÁN.

La *Bundesverfassungsgericht* o Tribunal Constitucional Federal de Alemania, forma parte de un sistema de control constitucional compuesto asimismo por los tribunales constitucionales de los *länder*, que son tribunales locales que controlan en términos de las constituciones propias de cada uno de ellos, el control de constitucionalidad interno de los mismos.<sup>27</sup>

El Tribunal Constitucional Federal es una de las más importantes innovaciones de la Constitución de Bonn en 1949; el nacimiento del control de constitucionalidad como actualmente existe en Alemania, se deriva de la amarga experiencia que aquella Nación tuviera al otorgar el máximo poder al Jefe de Estado, por virtud de lo cual se optó por instituir un Tribunal al que se le confiara el control de constitucionalidad de la actividad de los poderes del Estado, así, la función primordial del mencionado tribunal lo es la de velar por el respeto a la Constitución Federal; por otro lado, el Tribunal Constitucional tiene el monopolio al respecto de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes federales.

Este tribunal forma parte del Poder Judicial del Estado Alemán, desarrolla funciones jurisdiccionales, pero disfruta de una mayor autonomía respecto de los demás órganos jurisdiccionales, colocándolo al nivel de los órganos constitucionales con los cuales goza de independencia y autonomía.

El *Bundesverfassungsgericht*, se divide en dos salas compuestas por ocho jueces cada una; las relaciones entre éstas se basan en el principio de paridad e independencia, de donde encontramos que cada una de las salas es responsable de sus propias resoluciones y, en consecuencia, el control del tribunal se encarga a un mismo órgano que se encuentra dividido hacia el interior bajo los principios previamente señalados.

La unión de estas dos salas, se conforma en el Pleno, que es un órgano que reúne a todos los jueces y que es competente para dirimir los contrastes interpretativos entre las dos Salas, pero que también tiene competencias propias del Tribunal Constitucional a que representa.

La Constitución Federal Alemana, honrando su carácter de ley máxima y en atención de la finalidad de ésta, únicamente refiere la existencia del Tribunal Alemán, así como el procedimiento de

<sup>27</sup> RESCIGNO, Francisca. "LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA", en Tania Groppi, Alfonso Celotto y Marco Olivetti (coord.) Op. cit. p. 55.

nombramiento de jueces (arts. 92-94 de la Constitución Federal Alemana<sup>28</sup>), remitiendo posteriormente a una ley reguladora de los procedimientos a seguirse ante el tribunal, así como de los efectos de sus sentencias, de donde se actualiza la aplicación de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, así como el reglamento interior correspondiente.

La elección de los miembros del tribunal se da a través de la asignación directa por parte de las cámaras del congreso, eligiendo cada una a ocho jueces conforme al procedimiento constitucionalmente establecido, teniendo la facultad el Tribunal de proponer la inclusión de nuevos miembros al Tribunal.

El Juez constitucional no puede desempeñar cargos políticos o actividades profesionales, a excepción de la de docente universitario, pero estas limitaciones las compensa el hecho de que el Juez es inamovible, pues sólo en caso de incapacidad permanente o incumplimiento grave de sus funciones a juicio del Pleno, puede ser removido de su cargo, así como en el caso de que se lleve a cabo el juicio de acusación promovido por dos tercios del Bundestag.

Los jueces constitucionales tienen la oportunidad de emitir votos particulares (*Sondervotum*), al igual que los *dissenting opinions* en el *common law*, o los votos particulares españoles, de acuerdo con reforma a la Ley del año de 1970, el cual debe incluirse junto con la sentencia a efecto de que se haga del conocimiento público la disidencia correspondiente respecto de uno de los miembros del tribunal. Al igual que en nuestro país, dicho voto carece de eficacia jurídica alguna.

La distribución de las facultades de las salas del tribunal se divide de la siguiente manera:

La sala primera conoce de los casos relativos a los derechos de los ciudadanos; mientras que la segunda conoce de los conflictos entre los poderes del Estado, no obstante, la regla general admite excepciones conforme al acuerdo de hasta dos terceras partes de los miembros en Pleno del tribunal, quienes en cada inicio de año, pueden delimitar las competencias de manera diferente a la señalada, a efecto de que durante dicho año se ventilen los asuntos de la manera acordada mediante el procedimiento previamente señalado, con lo que tenemos que en la práctica, ambas Salas han conocido de los asuntos de competencia de la otra.<sup>29</sup>

Las competencias del Tribunal Constitucional se encuentran primigeniamente establecidas en el texto constitucional, pudiendo ampliarse en términos de la ley correspondiente, dichas competencias son las siguientes:

- Los controles abstracto y concreto de constitucionalidad de las normas federales o locales;
- El recurso constitucional directo;
- Los conflictos entre los órganos del Estado;
- Los conflictos federales entre la Federación y las entidades federativas;
- Los procesos relativos a la puesta en Estado de acusación del Presidente federal y los procedimientos contra los jueces federales;
- El procedimiento de supresión de los derechos fundamentales;
- El juicio sobre la constitucionalidad de los partidos políticos;

<sup>28</sup> [http://www.constitucion.es/otras\\_constituciones/europa/alemania.html](http://www.constitucion.es/otras_constituciones/europa/alemania.html)

<sup>29</sup> RESCIGNO, Francisca. "LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA", en Tania Groppi, Alfonso Celotto y Marco Olivetti (coord.) Op. cit. pp. 61-63.

- Los recursos contra las decisiones del Parlamento sobre los resultados electorales y los mandatos parlamentarios.
- La comprobación de la pertinencia de normas de derecho internacional consuetudinario al derecho federal alemán;
- Las divergencias de interpretación de la Constitución entre la jurisprudencia constitucional y la de los *Länder*.
- La resolución de los problemas relativos a la calificación de los actos normativos anteriores a la Constitución como derecho federal.

#### 3.3.4.1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS POR PARTE DEL BUNDESVERFASSUNGSGERICHT.

El control de constitucionalidad de las normas puede abarcar no únicamente su conformidad con la Constitución, sino con una norma de mayor rango, y el mismo se puede derivar del acto concreto de aplicación, como de la sola existencia de la norma correspondiente, mejor conocido como control abstracto.

Así, el control de constitucionalidad de las normas se plantea sobre todo como consecuencia de recursos individuales que pueden implicar el acto normativo, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la ley, o también de forma indirecta mediante la impugnación de actos ejecutivos y jurisdiccionales aplicativos de las normas inconstitucionales.

De esta guisa, el control abstracto de normas puede ejercitarse sobre cualquier fuente normativa nacional sin importar su rango jerárquico, pudiendo inclusive tener por objeto normas anteriores a la entrada en vigor de la Constitución.

En este tipo de control, el objeto de control es la norma, no un acto concreto de aplicación de la misma, por lo que el solo desistimiento de la parte actora no es suficiente para detener el proceso, pues además se necesitará la decisión del órgano de control para llevar a cabo el sobreseimiento del juicio, pudiendo este último seguir el procedimiento de oficio.

La legitimación para recurrir ante el Tribunal Constitucional en la vía de control abstracto, se otorga al Gobierno Federal, el Gobierno de los *land*, o un tercio de los componentes del Bundestag.

La legitimación en este aspecto, adquiere un matiz de tipo político, en el que la vía del control abstracto de constitucionalidad resulta más un instrumento que cumple con intereses de este tipo en virtud de los órganos que se encuentran legitimados para su activación.

En el ámbito del control concreto de constitucionalidad el control de leyes se lleva a cabo únicamente respecto de leyes en sentido formal y posteriores a la entrada en vigor de la Ley Fundamental, correspondiendo el control de normas de carácter infralegal a los jueces comunes.

De la misma manera, la posibilidad de elevar la cuestión de inconstitucionalidad corresponde a todo Juez o Tribunal, que puede recurrir al tribunal cuando tenga que aplicar una ley al un caso concreto y considere que ésta es inconstitucional, sólo después de la resolución del recurso

correspondiente el juez puede concluir el proceso y pronunciar sentencia. Así pues, al juez A quo se le reconoce el poder de constatar la ilegitimidad de la ley pero no el poder anularla.

No obstante, antes de plantear la cuestión de constitucionalidad por parte del Juez ordinario, éste deberá verificar cuáles serían las consecuencias de la aplicación de la norma que sospecha inconstitucional y sólo en caso de que tenga claro que no puede aplicar la norma por ser inconstitucional, podrá someter la cuestión al Tribunal Constitucional.<sup>30</sup>

La cuestión puede ser inadmitida por la Sección del tribunal, esta situación se puede materializar cuando el juicio inicial culminó, en cuyo caso el acto de aplicación ya se ha materializado, así como cuando las circunstancias del juicio cambien, en cuyo caso del Juez A quo, puede revocar su planteamiento.

El Tribunal Constitucional Federal no se limita por regla general a examinar sólo las violaciones que las partes plantean, sino que analiza la ley (o el acto en cuestión) verificando toda posible causa de inconstitucionalidad, pudiendo ser ampliada la cuestión promovida por el Juez A quo, para declarar la inconstitucionalidad de otras disposiciones de la misma ley por idénticos motivos.

Los efectos de las decisiones del Tribunal, son siempre la declaración de nulidad de la norma *ex tunc e ipso iure*, correspondiendo al Tribunal Constitucional decidir con valor declarativo la nulidad total o parcial de una norma, de donde el Tribunal declara la nulidad de la norma. Esta sentencia tiene eficacia de ley *erga omnes* y es publicada en el Boletín Federal de las leyes.

Las resoluciones del Tribunal Constitucional adquieren la calidad de cosa juzgada, y a partir de su pronunciamiento son obligatorias para todos los jueces en los casos de su conocimiento.

La "fuerza de ley" es importante en el ordenamiento alemán en virtud que las consecuencias que la misma podría acarrear, han hecho que el tribunal tenga la obligación de ser preciso en sus resoluciones a efecto de que se deje claro cual es la situación jurídica que se ha creado como consecuencia del pronunciamiento constitucional, tal y como sucede con la publicación de la ley.

Respecto a los efectos de las sentencias, la jurisprudencia de aquel país reconoce el hecho de que la sentencia no establece normas, sino que decide sobre la existencia de normas. La eficacia de las sentencias en cuanto a su cumplimiento se materializa a través de las decisiones del tribunal al respecto de lo que deberá de hacerse para dar ejecución a la sentencia o, en su caso, confiar la ejecución a un órgano ejecutivo mediante el dictado de instrucciones precisas para el eficaz cumplimiento de la sentencia, este tipo de facultad se ejercita mediante el establecimiento de ciertas medidas transitorias en tanto el legislador toma cartas en el asunto.

Los efectos retroactivos de la sentencia del tribunal son limitados en aras de la consecución de la seguridad jurídica, con lo que tenemos que las situaciones de hecho que han sido previamente resueltas a la luz de la ley cuya inconstitucionalidad ha sido decretada y que se encuentran firmes, son inmodificables, no obstante, las sentencias que no han sido aún ejecutadas, pierden la posibilidad de hacerse valer mediante la ejecución forzosa de las mismas.

---

<sup>30</sup> Idem. p. 70 y ss.

Existen otro tipo de sentencias “intermedias” en las que el Tribunal Constitucional interpreta de manera particular la desestimación o estimación de la cuestión. Una especie de sentencia interpretativa desestimatoria se produce cuando el Tribunal dice que una ley es aún acorde con la Constitución, pero que necesita de la intervención del legislador para serlo plenamente, las llamadas sentencias de interpretación conforme; otro tipo de sentencia interpretativa desestimatoria declara la conformidad de la ley con la Constitución “en la manera que” o “conforme a lo expresado en la motivación”, indicando en el dispositivo o en la motivación una interpretación conforme con la Constitución de la disposición sometida al control del Tribunal Constitucional Alemán.<sup>31</sup>

La fuerza que tiene el Tribunal Constitucional Alemán es basta en su poder de imperio, no sólo cuenta entre sus funciones con el control que ejerce sobre las normas, de resolución de los recursos directos y de los conflictos entre órganos y entre Federación y *Länder*. El cúmulo de estas funciones, responde a la necesidad de garantizar eficazmente la coherencia del ordenamiento y de la actuación de los órganos del Estado con los parámetros constitucionales.

Y es precisamente al respecto de estas funciones que el tribunal tiene la posibilidad incluso de poner en “Estado de acusación” al Presidente Federal, el cual, en caso de ser declarado culpable de una violación dolosa a la Constitución Federal, puede ser destituido del cargo por el Tribunal Constitucional, pudiendo pronunciar inclusive la suspensión de funciones del Presidente para poder emitir su resolución con mayor concentración en sus funciones; esta facultad se materializa igualmente en el caso de jueces y magistrados cuya actuación vaya en detrimento de la Constitución.

Una de las facultades más relevantes de este Tribunal, resulta ser la relativa al hecho de que en el caso de que cierta o ciertas personas pretendan ejercer sus derechos fundamentales en detrimento de la Constitución, el Tribunal puede en este caso privarla del ejercicio de dichos derechos, lo que denota precisamente la facultad primigenia de este tribunal, como lo es, la de protección de la Constitución.

La protección de los principios constitucionales, así como de la democracia, se encuentra igualmente consagrada al Tribunal Constitucional, en lo relativo al proceso de inconstitucionalidad de los partidos políticos que tienen como objetivo “dañar o eliminar el ordenamiento democrático y liberal o amenazar la existencia de la República Federal Alemana” , las sentencias del Tribunal Constitucional en estos casos, tienen el efecto de prohibición de reorganización, de la pérdida de los mandatos obtenidos por el partido en las listas y normalmente también el secuestro de los bienes del partido.

En cuanto al control de constitucionalidad de normas de derecho internacional, el Tribunal Constitucional Federal, analiza, desde el aspecto interno del país y de manera un tanto cuanto sorprendente pero no incomprensible, la adecuación de las normas federales con el derecho internacional, el hecho ha resultado sorprendente a este sustentante en virtud que, atendiendo a las múltiplemente señaladas funciones del Tribunal Constitucional, parecería un tanto cuanto más lógico el hecho de que se analice al derecho internacional a la luz de las disposiciones internas y precisamente conforme a la Constitución, sin embargo, el resultado de un análisis en sentido contrario, parece responder a la propia historia del país germano, quien hasta finales del siglo XX encontró la reunificación pero al cual hasta ese momento el mundo quería aún ver dominado y atenido a las disposiciones del exterior para evitar un nuevo conflicto provocado por este país.

---

<sup>31</sup> Ibidem.

De esta manera, encontramos que al Tribunal Constitucional Alemán han sido consagradas funciones que van más allá de considerarlo como un Tribunal Constitucional, cuya función se concentre únicamente en la protección de la Constitución, sino que es un órgano cuyas facultades provocan la evolución del cuerpo normativo máximo del país.

### 3.3.5. LA UNIÓN EUROPEA.

El viejo continente ha llegado hasta nuestro días como el mejor ejemplo de la unión jurídica y no sólo económica que puede haber entre las naciones, el retiro de aduanas entre países, su tendencia unificadora e inclusive la posibilidad de que Europa sea una sola en los aspectos más generales de la vida de aquel continente (legislación, comercio, oportunidades) despierta en muchos autores, así como en el ponente del presente trabajo, el sueño del libertador Simón Bolívar “una América unida”, se ve lejos, se antoja difícil, inclusive puede ser que los pasos que México ha tomado en el contexto actual lo alejan cada vez más de esta posibilidad, sin embargo, he de ver en Europa el cómo lograron cada uno de los países la adhesión y cohesión unificadora.

En Europa el sistema de control de constitucionalidad es generalmente previo, países como España, Francia, Portugal, Alemania, Albania, Andorra, Austria, Bielorrusia, Estonia, Hungría, Letonia, Moldavia, Polonia, Rusia y Ucrania, revisan la conformidad de los tratados con sus respectivas constituciones. De entre estos países encontramos a Ucrania como el caso único en el que el instrumento internacional se ve sometido al control posterior de constitucionalidad, con las consecuencias que se han reseñado hasta el momento, pero fuera de esta nación, las demás señaladas estatuyen el control previo obligatorio de las disposiciones internacionales respectivas.<sup>32</sup>

La confirmación de un bloque unido en el viejo continente que comenzara como un pacto comercial basado en la cooperación para el desarrollo entre las diversas naciones de Europa, ha provocado con el paso de los años la evolución normativa de estos países hasta desembocar en la creación de ordenamientos base para la toma de decisiones entre las naciones tanto en su régimen externo, como en el interior.

Y es precisamente Europa un buen ejemplo de aquello que debe representar la unión entre las naciones que siguen un fin común, más allá de los acuerdos comerciales, que han sido un buen pretexto para el comienzo de una triunfal integración que apunta a conformar el bloque más grande de naciones en el mundo moderno al cual lo único que podría faltarle, sería la aceptación por parte de éstas, de una Constitución Europea, sobre la cual aún queda mucho que decir en aquel continente.

Así, al pretexto de conformación comercial entre las naciones, debió de aunarse el análisis de los efectos económicos que dicha integración provocaría, de tal manera que Europa no podía permitirse una unión comercial a costa de las desiguales economías de sus naciones. Con una Europa central que en tiempos recientes ha visto la desintegración de las naciones en guerras intestinas y un gigante aislado en su isla como lo es la Gran Bretaña, a naciones como Alemania, Francia, Países Bajos (con su ejemplar representante del BENELUX), entre otros, correspondería el mando de timón para direccionar las acciones de los bastiones económicos, hacia las naciones menos favorecidas, para con ello, lograr una integración más justa e igualitaria que soportara la apertura a una competencia comercial ya no entre naciones europeas, sino con el mundo.

<sup>32</sup> Tania Groppi, Alfonso Celotto y Marco Olivetti (coord.) Op. cit. Módulo introductorio.

Así, vemos en el que llamamos el viejo continente y que por ello parece tener una mayor madurez e inteligencia para lograr acuerdos, el mejor ejemplo de lo que puede provocar la unión entre naciones, no obstante, no debemos dejar de lado el hecho de que dicha unión, si bien se conforma por naciones, éstas no existirían sin el pueblo que las ha conformado, que es de lo que parece haber olvidado la comisión de la Unión Europea al redactar la Ley máxima de su unión.

En efecto, como se dijo con antelación, los acuerdos comerciales interpotencias y poderosas transnacionales, han sido buen pretexto para la integración, pero es en este momento en el que el pueblo ha vuelto al ideal real y palpable de que dichos entes no son sino una creación del hombre y no el hombre una creación de ellos, son ellos los que nos sirven y no al revés, Europa ha dado de hecho uno de los más grandes pasos al integrar una poderosa Unión, pero el pendiente en aquella que, como todo producto humano, busca la perfección, es voltear la mirada hacia los pueblos, pasos que fueron iniciados mediante la implementación de dos organismos internacionales de impartición de justicia, como lo son el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), órganos respecto de los cuales nos ocuparemos en el estudio siguiente.

Indudablemente debe de ser finalidad de todo estudio que se precie de serlo, el análisis del objetivo que persigue la institución de estos organismos supranacionales encargados de una de las tareas que en el hombre han ocasionado mayor polémica y dificultad en su afán de perseguir la justicia, pero tener la obligación de aplicar el derecho. Y es en este punto en el que nace un concepto que se acuñó junto con la creación de estos organismos, hace poco más de cuarenta años, la "Justicia Constitucional Común Europea"<sup>33</sup>.

El establecimiento de estos dos tribunales ha logrado precisamente uno de los puntos cuya propuesta conforma al presente tema de tesis, la superación de un sistema normativo fundado sobre el mercado, para establecer un sistema normativo fundado en los derechos.

Los órganos jurisdiccionales europeos así, responden a lógicas funcionales completamente distintas que merecen un análisis individualizado.

#### 3.3.5.1. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

También conocido como Tribunal de Estrasburgo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido por virtud de su finalidad una existencia más generalmente aceptada por parte de los diversos Estados comunitarios.

En efecto, la tutela de los derechos humanos y las libertades fundamentales, ha hecho que el TEDH tenga un ascenso lineal muy diferente del TJCE, pues es en Europa un sentimiento generalizado, salvo deshonrosas excepciones, el del respeto a las libertades fundamentales y los derechos humanos.

El Tribunal de Estrasburgo sólo está facultado para iniciar sus procedimientos cuando se han agotado todos los recursos internos en el Estado y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de emisión de la decisión interna definitiva (art. 35 CEDH). Su actividad es la de controlar, verificar y declarar en su caso la existencia de una violación de los derechos de los individuos, organizaciones no gubernamentales y grupos privados o de Estados miembros del CEDH (arts. 33 y 34 del CEDH).

<sup>33</sup> P. HABERLE. Alemania, en LAS CONSTITUCIONES DE LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA (dir.). E. Palici Di Suni Prat-F.Cassella-M. Comba, Padúa, 2001, p.332.

En casi medio siglo de existencia, el TEDH ha desarrollado una jurisprudencia de carácter declarativo pronunciándose sobre una serie de actos de proveniencia estatal de diferente naturaleza: comportamientos o vías de hecho, actos administrativos, prácticas administrativas, actos normativos estatales, también de carácter constitucional, hasta sentencias de los tribunales constitucionales de los Estados miembros de la Convención.

La competencia del Tribunal la podemos encontrar en el artículo 32 del CEDH, que dispone como susceptibles del conocimiento del tribunal, a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus protocolos; por otro lado, su competencia por razón de materia se establece respecto de toda violación del Convenio cometida por los Estados miembros, que produzca la lesión de un derecho reconocido por el CEDH al interesado.

Como se llega a dar en la gran mayoría de los organismos jurisdiccionales a lo largo del mundo, el Tribunal muestra sus fines y naturaleza en la emisión de jurisprudencia respecto de los asuntos que le ha tocado conocer, a través de la interpretación del CEDH, evitando entrar en conflicto asimismo con las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dejando a éste el ámbito asignado por los tratados.

Así, el juez transnacional a que hacemos referencia, como órgano de última instancia en la protección de los derechos humanos, y a través de sus decisiones, ha favorecido a los individuos, a los que el Convenio ha ofrecido tales garantías.

La legitimación para acudir ante el TEDH, además de los sujetos a que se ha hecho alusión, ha sido consagrada igualmente a manera de recurso directo a favor de los particulares, quienes pueden alegar el comportamiento infractor de los diversos Estados ante un verdadero tercero como lo es el órgano a que hacemos referencia.

De esta guisa tenemos que el principal punto y razonamiento que ha hecho del tribunal un organismo supranacional diferente al TJCE, lo es el desarrollo de una doctrina propia, partiendo de la interpretación de un único instrumento jurídico, el CEDH, estándar en la garantía de los derechos fundamentales, para la emisión y sustento de sus resoluciones.

### 3.3.5.2. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.

Al TJCE, llamado también Tribunal de Luxemburgo, se atribuye por diversos autores la implementación de diversas normas que conforman el catálogo constitucional de los derechos fundamentales europeos, incluido el Tratado de Maastricht. Es obra de este organismo que en las Comunidades Económicas, creadas para el libre intercambio de mercancías, así como para la libre circulación de personas, nacieran y se protegieran algunos de los derechos fundamentales del ser humano. La jurisprudencia del TJCE, se sirve para definir el contenido de los derechos, de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, de los principios generales del derecho comunitario, y del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

El reconocimiento de derechos por parte del Tribunal, parte de la capacidad de los principios generales previstos por los tratados para crear derechos y obligaciones, construye el parámetro de control de los actos de derecho comunitario derivado y, consecuentemente, reconoce su fundamento

jurídico. El tribunal a través de sus referencias a los principios comunitarios, los convierte en vinculantes para las Comunidades y para la Unión, con lo que asimismo obtiene la legitimación para desarrollar la judicial review en materia de derechos surgidos de la integración de naciones.

La principal competencia institucional del TJCE, es la de asegurar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados Europeos. En particular, el Tribunal conoce todas las controversias y recursos sobre materias comprendidas en los tratados, con legitimación para actuar ante el tribunal por parte de los Estados o por las Instituciones Comunitarias.

La composición del tribunal es determinada por cada uno de los Estados miembros que tienen en su poder la ratificación en el nombramiento de los quince jueces del tribunal, quienes son a su vez asistidos por ocho abogados generales, con un mandato de seis años después del cual pueden ser confirmados en su cargo.

El TJCE, desempeña funciones de control jurisdiccional sobre la actividad normativa y administrativa desarrollada por los órganos comunitarios, y por los órganos estatales, controlando la conformidad a los Tratados de los actos del Consejo de Ministros, de la Comisión, y del Parlamento Europeo. En segundo lugar, controla la legitimidad de los actos de los Estados miembros en relación tanto con el derecho como con las políticas comunitarias.

El control jurisdiccional a nivel comunitario puede ser promovido por la Comisión, si es que ésta considera que algún Estado comunitario ha incumplido con alguna obligación comunitaria. De igual manera, los Estados miembros pueden promover el control del TJCE, previa consideración de los actos de otro Estado miembro como violatorios de alguna de las obligaciones previamente señaladas.

El ejercicio de la jurisdicción del tribunal, se desarrolla de esta manera en materias exclusivas y previamente delimitadas expresamente por los tratados. Inclusive es importante señalar que el tribunal no tiene, de hecho, poderes coercitivos directos sobre los Estados. El tribunal se pronuncia aplicando el derecho comunitario y verifica, a instancia de la Comisión, el eventual incumplimiento posterior del Estado.

El tribunal se encarga del control jurisdiccional además de los Estados miembros, ejerciendo un control de legitimidad del derecho derivado e indirectamente se encarga de proteger los derechos fundamentales, así, el Tribunal de Luxemburgo ha sostenido que "el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto asegura el Tribunal de Justicia"<sup>34</sup>, de donde encontramos que el tribunal se sirve de estos principios, para crear principios no escritos, sino que bien podríamos considerar como resultado de la costumbre, así como a los derechos generalmente reconocidos en los diversos dispositivos europeos, pues al garantizar la tutela de tales derechos, éste está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no podría admitir disposiciones incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de tales Estados.

---

<sup>34</sup> Sentencias a los casos Stauder de 1969 e Internationale Handelsgesellschaft de 1970, resueltos en las causas 29/69 y 11/70, respectivamente, en DEMURO, Gianmario, LOS TRIBUNALES SUPRANACIONALES EUROPEOS: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, en Groppi-Celotto-Olivetti (coord.) Op. cit. p. 278.

Las bases de actuación del tribunal para incorporar los derechos al ordenamiento comunitario, encuentra apoyo en el Tratado de Maastricht, en cuyo artículo 6, segundo párrafo, dispone:

“...la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

Actualmente el Tribunal dispone de una Carta que expresa los valores comunes de la Unión a la que puede recurrir si no para justificar, al menos para articular sus decisiones, con base en la Carta de Niza firmada el 7 de diciembre del año 2000, en la que se señala que

“todo individuo tiene derecho a que las cuestiones que se relacionan con él sean tratadas en modo imparcial, equo y dentro de un término razonable, por las Instituciones y por los órganos de la Unión.”

Así, podemos ver que la función del TJCE, se encuentra basada en primer lugar, en los principios generales del derecho común a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, hecho que se encuentra consignado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el cual prevé que todo individuo cuyos derechos garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados, tiene derecho a un recurso efectivo ante un juez.

En este orden de ideas, podemos ver como el TJCE ha ido evolucionando para ir desde la impartición de una justicia ajena al régimen interno de los países, hasta un nuevo orden internacional basado, entre otros instrumentos internacionales, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que ha sido base de las resoluciones del propio tribunal y piedra angular de la jurisprudencia de tal organismo internacional.

Así tenemos que el TJCE ha creado, haciendo uso de todo un conjunto de materiales que han sido puestos a su disposición, una protección de los derechos fundamentales que no existía en los tratados, con lo que se coloca inclusive, como un legislador activo en el desarrollo de sus funciones respecto de la justicia constitucional europea.

### 3.4. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

El principio de Supremacía de la Constitución nació en los EE.UU. de Norteamérica en virtud de la fuerza vinculante de su Carta Fundamental y gracias a la visión de la Suprema Corte quién, superando dos barreras conceptuales –la soberanía del Parlamento y la separación de los Poderes- reivindicó para todos los jueces la facultad jurisdiccional de interpretar la ley y de inaplicar al caso *sub-lite* cualquiera norma contraria a la Constitución, con efecto inter partes y sin perjuicio de la supervivencia de ésta.

La consolidación del sistema de protección constitucional en los Estados Unidos de América, se vio materializada en la resolución al caso “Marbury vs. Madison” (infra §3.4.1.), en la que el criterio referente a que la Constitución, como base legal fundamental, puede ser alegada en su violación dentro de los asuntos promovidos ante los órganos jurisdiccionales correspondientes. Otro de los criterios que dieron sustento a la Constitución como ley máxima de la nación norteamericana y a la Suprema Corte de aquel País como árbitro último encargado de la vigilancia de aquel sistema fue el caso “Cooper vs

*Aaron*” en el que se sostuvo que dicho tribunal supremo era el intérprete y vigilante supremo de la aplicación y respeto de las disposiciones constitucionales.

Los antecedentes casuísticos en cita darían origen al sistema de control constitucional “difuso”, nombre que se le dio en virtud de que cualquier Juez podía vigilar la aplicación y respeto a la Constitución como norma suprema de los Estados Unidos de América, dicho sistema tendría una influencia determinante en las demás constituciones de América, influencia que se vería reflejada en la inclusión de la institución correspondiente por parte del constitucionalista Manuel Crescencio Rejón en la Constitución de Yucatán, primera en América que incluyó el sistema proteccionista norteamericano.

De esta manera, encontramos en los Estados Unidos de Norteamérica la existencia de un órgano de control de constitucionalidad como lo es la Corte Suprema Federal que, aún manteniendo la aplicación del principio al que en nuestro País se le conoce como principio de relatividad de las sentencias, se encarga de la definición de constitucionalidad o no de las diversas disposiciones legales, determinación cuyos efectos a futuro derivan en la sucesión de generalidad de las resoluciones conforme a la práctica jurisprudencial derivada de la doctrina del *stare decisis*, que aunado a la implementación del *writ of certiorari*, como facultad discrecional para conocer de los asuntos relevantes y trascendentales del País, hace de aquel órgano de control de constitucionalidad, un órgano encargado de la resolución de asuntos que en su gran mayoría tienen una significación constitucional.

Así vemos como el sistema norteamericano de control de constitucionalidad de los actos de la autoridad nace, junto con una nación libre y revolucionaria como lo es la norteamericana, con el previo conocimiento de que la existencia del Estado no dependía del hombre, sino de las instituciones que éste se diera a sí mismo para regir el orden de la Nación, debiendo éstas a su vez, su existencia al cuerpo normativo supremo cuya formalidad sería importada a partir de las ideas de los enciclopedistas como Diderot, D’Alembert, Montesquieu, Rousseau y Voltaire, entre otros, personajes que, bajo la concepción humanista del Estado, fueron precursores en Europa de el que sería el punto de partida de los derechos formalmente reconocidos para el hombre y el ciudadano, la declaración que llevaría ese nombre en el año de 1789, bajo el cobijo de la Revolución Francesa.

Los Estados Unidos de Norteamérica son la primera nación en el nuevo Continente en reconocer a un soberano que está más allá de las instituciones y de los hombres, un soberano que sería instruido desde el principio por los más grandes pensadores del liberalismo europeo, así como los nuevos ideólogos norteamericanos, la Constitución escrita, el cuerpo normativo máximo en el país bajo el cual tanto hombres como instituciones debían regirse y comprometerse a cumplir cabalmente con las disposiciones que ésta consagraba.

La integración de la Nación Norteamericana tiene su nacimiento en el año de 1776, sin embargo, podemos decir para efectos del presente trabajo que el real nacimiento de la misma ya como una Federación, tiene su origen en el año de 1788, cuando los artículos de la Confederación fueron sustituidos por la Constitución de los Estados Unidos.

La nueva nación se instituye bajo la premisa de la libertad del hombre y con la finalidad de lograr “en el nombre de Dios”, la unión más perfecta a fin de lograr la felicidad, tal y como lo enmarca la parte preliminar de dicha Constitución.

El logro de esta unión se daría mediante la implementación de un sistema de gobierno que ya tenía una gran fama en Europa pero sólo en el aspecto teórico con expositores como Hobbes, Locke y Rousseau, con un ideal común: LA SEPARACIÓN DE PODERES.

Partiendo del hecho de que el Estado no estaba garantizando *per se*, la defensa de los derechos de la persona humana, que bien podía defenderse de sus semejantes con su propia fuerza o bien, acudir al Estado para que éste hiciera lo propio, pero que no podía a su vez defenderse del Estado, quien en cualquier momento podía con su inmenso poder lastimar al ciudadano.

Es en este orden de ideas es Montesquieu quien propone en su obra El Espíritu de las Leyes, la idea ya arraigada entre el liberalismo político ilustrado, dividiendo al poder para su ejercicio en tres: ejecutivo, legislativo y judicial, los cuales se encargarían del Gobierno, Parlamento y Tribunales Jurisdiccionales respectivamente.

Estas ideas tendrían repercusión en las trece colonias norteamericanas ya conformadas como una Federación, quienes privilegiaron la existencia de dichos poderes en un gobierno tripartito. Esta idea desembocaría en la creación del que podríamos considerar como el primer orden constitucional-formal reconocido y, a su vez, nos ubicaría en la temática del trabajo de tesis que nos ocupa: La creación de una Suprema Corte que tomaría prontamente su lugar entre dichos poderes.

En efecto, tomaría alrededor de doce años a la Corte Suprema Norteamericana dar cuenta de sus facultades y ubicar su lugar entre los poderes conforme al orden constitucionalmente establecido, al resolver el caso Marbury vs Madison.

#### 3.4.1. EL CASO MARBURY VS MADISON.

Marbury contra Madison, a menudo calificado como el fallo más importante en la historia del Tribunal Supremo, estableció el principio de revisión judicial y el poder del Tribunal de dictaminar sobre la constitucionalidad de las medidas legislativas y ejecutivas.

El caso surgió como resultado de una querrela política a raíz de las elecciones presidenciales de 1800, en las que Tomás Jefferson, republicano demócrata, derrotó al entonces Presidente John Adams, federalista. En los últimos días del gobierno de Adams, el Congreso dominado por los federalistas, estableció una serie de cargos judiciales, entre ellos 42 jueces de paz para el Distrito de Columbia. El Senado confirmó los nombramientos, el Presidente los firmó y el secretario de Estado estaba encargado de sellar y entregar las comisiones. En el ajetreo de última hora, el secretario de Estado saliente no entregó las comisiones a cuatro jueces de paz, entre los que se contaba William Marbury.

Este caso fue puesto a consideración de la Suprema Corte Norteamericana el año de 1801<sup>35</sup>, por parte de William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe y William Harper, Jueces de Paz que reclamaron ante el órgano máximo de impartición de justicia norteamericano que requiriera al Secretario de Estado Madison la justificación de no haber expedido el mandamiento ordenando que remitiera a aquellos sus respectivos nombramientos como jueces de paz del Distrito de Columbia.

La opinión de la Corte Suprema versaría sobre tres puntos fundamentales:

---

<sup>35</sup> Fuente: <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/frtrial/conlaw/marbury.html>.

- El Derecho del demandante al nombramiento solicitado;
- En caso de la violación de dicho derecho, existe un medio legal que lo restituya en el ejercicio del mismo;
- Y si así era, si el remedio idóneo lo es el mandamiento del Tribunal.

Al análisis del órgano resolutor sostendría que uno de los demandantes (Madison), había sido nombrado como Juez de Paz por el antiguo Secretario de Estado, en un cargo cuya duración era de cinco años y sin ser susceptible de revocación dicho nombramiento, por lo que la revocación tacita que del mismo estaba haciendo el nuevo Secretario de Estado efectivamente afectaba los intereses del actor.

En segundo lugar, sostuvo el órgano jurisdiccional que la esencia misma de la libertad civil consistía en el derecho de cualquier individuo de demandar la protección de las leyes siempre que sufra un perjuicio, con la correlativa obligación del Estado de brindar esa protección.

Las características políticas del caso provocarían el estudio en este sentido por parte del Juez Marshall al respecto de esta justificación que lo haría de la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, sin embargo, tal hecho no dejaba de lado el que pudiera ocasionarse en el ciudadano cierta afectación a su esfera jurídica, lo que justificaba la actuación del poder judicial en el caso, bajo la premisa de que cuando la ley establece un deber específico y existen derechos individuales que dependen del cumplimiento de ese deber está igualmente claro que el ciudadano que se considere perjudicado tiene el derecho de apelar a las leyes de su país en busca de una reparación.

Ahora bien, al analizar la procedencia en la petición de la parte actora en el juicio, el tribunal sostuvo, de acuerdo con la naturaleza del acto y la jurisdicción del tribunal, que es la parte de la resolución que nos interesa para efecto del presente trabajo, que el objeto del mandamiento no era la realización de un acto expresamente contenido en la ley, al consistir en la entrega de un nombramiento “sobre el cual las leyes guardan silencio”, lo cual no afectaba la solución del caso, pues previamente se había concluido que el nombramiento materia de la controversia constituía un derecho adquirido por parte del demandante, con lo que la procedencia del mandamiento quedaba verificada.

A continuación el Tribunal analiza el poder que otorga la Constitución al Poder Judicial Americano, punto trascendental y de especial importancia para el análisis que nos ocupa.

Conforme al criterio del Juez Marshall, la Constitución deposita la totalidad del poder judicial en una Corte Suprema y tantos tribunales inferiores como el Congreso considerara convenientes, pudiendo el legislativo en su caso, otorgar nuevas competencias a dicho órgano supremo, siempre que pertenezcan al Poder Judicial de los Estados Unidos, pero privilegiando, reitero, el hecho de que la jurisdicción originaria se encontraba contenida en la Constitución, por lo que, con esta base, ningún otro poder podría restringir la actuación del judicial sino conforme a los términos expresos contenidos en la Constitución.

De lo anterior colige el Juez Marshall la jurisdicción en el caso conforme a la ley aplicable, misma que no preveía el que la Corte Suprema pudiera emitir ningún tipo de mandamiento al Secretario de Estado norteamericano, lo que apreciaba como inconstitucional al abstraer de la acción de la justicia a dicho funcionario, lo que, de acuerdo con el análisis de que se trata, derivaba en la inconstitucionalidad

de la norma, luego entonces, el análisis respectivo se avocó a revisar si era factible la existencia de una norma contraria al texto constitucional en el orden normativo de aquel país, resolviendo magistralmente tal situación conforme a la enarbolación de los siguientes principios:

El derecho del pueblo a establecer un derecho originario con la finalidad de lograr un mejor futuro y gobierno, el ejercicio de este derecho, al ser de una inmensidad por todos conocida, no debería realizarse con frecuencia y desenfado, por lo que los mismos debían ser permanentes y por ende, fundamentales.

De esta guisa, dicha voluntad originaria organiza al Gobierno distribuyendo funciones entre los diversos departamentos y, en su caso, señalando de manera expresa los límites bajo los cuales éste debe actuar (la autoridad sólo puede hacer lo que le esté expresamente conferido en la ley).

En virtud de lo anterior, el pueblo norteamericano conforme al análisis del Juez Marshall se avocó al establecimiento de una Constitución escrita, en la que las funciones de los poderes estuvieren previamente definidas y limitadas a fin de que esos límites no fueran olvidados ni confundidos, sosteniendo al respecto que *“resulta demasiado evidente como para ser cuestionado que, o bien la Constitución se impone sobre cualquier disposición legislativa que le sea contraria, o bien el legislador puede cambiar la Constitución mediante una ley ordinaria.”*<sup>36</sup>

Por consecuencia, los términos medios conforme a los cuales se pudiera establecer una norma contraria al texto constitucional eran inadmisibles, la Constitución, al ser suprema, debía ser absolutamente respetada por todos y cada uno de los poderes, por lo que una disposición legislativa contraria al texto constitucional no podía ser derecho, pues admitir lo contrario haría de las Constituciones escritas, absurdos contrarios al sentir del pueblo de limitar el ejercicio del poder por parte de los poderes constituidos.

Esta tesis sostenía entonces que el derecho fundamental de los Estados con Constituciones escritas se encontraba precisamente en dichos cuerpos máximos de leyes, lo que hacía nulo cualquier acto del Estado contrario a dicha normatividad, por lo que se procedió al análisis al respecto de si una ley inconstitucional vinculaba a los tribunales y les obligaba a darle efectos a pesar de su invalidez.

La respuesta a esta interrogante era simple, pues a pesar incluso de que dicha norma podía ser derecho, no podía en todo caso, ser ley, por lo que en todo caso la disyuntiva se centraba ahora en si el tribunal tenía la facultad de declarar tal norma como derecho o no.

El Juez Marshall analiza el caso y establece uno de los pilares que basarían la resolución al mismo, es competencia y deber del Poder Judicial decir qué es derecho, aplicar la norma requiere asimismo explicar e interpretar esa norma, deduciendo, en caso de que dos leyes entren en conflicto, cuál de ellas es la que debe prevalecer o, en su caso, la eficacia de cada una de ellas.

Así, analizando las circunstancias imperantes del caso, la oposición de una Ley al texto de la Constitución cuando ambas son aplicables, debía revisarse a la luz de la jerarquía de dichas normas, siendo ésta la función del juzgador, apreciar en un caso de conflicto de normas cuál es la que deberá aplicarse al caso en lo particular.

---

<sup>36</sup> Idem.

En consecuencia, la teoría sostenida por quienes afirmaban que el juzgador al resolver los casos que fueran puestos a su consideración debía cerrar los ojos a la Constitución, no podía tener sostén en un sistema como el norteamericano, pues ésta subvertiría los fundamentos mismos de toda Constitución escrita, pues supondría afirmar que una ley enteramente nula fuera en la práctica, completamente obligatoria.

Lo anterior supone el hecho de que el legislador, aún a pesar de hacer lo que le está expresamente prohibido, llevará a cabo un acto eficaz, con lo que se atribuiría a este órgano una omnipotencia real y práctica que dejaría de lado los límites previamente establecidos para eludirlos cada que vez que pareciera conveniente al propio legislador.

Afirmaciones inadmisibles atento al hecho de que el Poder de que goza el Judicial, le es dado por la Constitución, lo que hace irrestricta la responsabilidad del juzgador de revisar la compatibilidad con la Constitución de cualquier norma diversa a ésta, formulando el Juez Marshall el siguiente pronunciamiento:

"...¿Por qué motivo juraría el juez desempeñar sus funciones de conformidad con la Constitución de los Estados Unidos si luego ella no fuese una norma llamada a disciplinar efectivamente su actividad, si hubiera de permanecer cerrada y no pudiese ser examinada por él?. Si éste fuera el Estado real de las cosas sería algo peor que una solemne burla..."<sup>37</sup>

En esta tesitura, el hecho de que la propia Constitución se declare a sí misma como ley suprema del país, hace nulo cualquier acto contrario a ésta, de manera que los propios términos de la Constitución de los Estados Unidos confirman y refuerzan el principio, que se supone inherente a todas las Constituciones escritas, de que una ley contraria a la Constitución es nula, y de que los tribunales, como los demás poderes, están vinculados a la misma, atendiendo a este hecho, el Juez Marbury negó al promoverte la procedencia en su petición al considerar inconstitucional la ley pero, ¿porqué resolvió de esta manera un caso en el que conforme a las manifestaciones contenidas en la sentencia parecía dar la razón al promovente?, muy sencillo como se señaló con antelación a la llegada del nuevo Secretario de Estado del gobierno del Presidente Jefferson, éste se negó a entregar las comisiones para los jueces de paz debido a la irritación del nuevo gobierno respecto de la maniobra de los federalistas al tratar de asegurarse del control de la judicatura con el nombramiento de miembros de su partido, acción en la que el juez Marbury resultó perjudicado.

En el caso, si el Tribunal fallaba a favor de Marbury, Madison todavía podría negarse a entregar la comisión, toda vez que no existía un texto legal conforme al cual se consagrara al tribunal la facultad de hacer cumplir la orden (cuestión de constitucionalidad que analizó el tribunal); por otro lado, si el Tribunal se pronunciaba contra Marbury, se arriesgaba a someter el poder judicial a los jeffersonianos al permitirles negar a Marbury el cargo que podía reclamar legalmente.

El Presidente del Tribunal Supremo John Marshall resolvió este dilema al decidir que dicho órgano jurisdiccional no estaba facultado para dirimir este caso, dictaminando que la Sección 13 de la Ley Judicial, que otorgaba al Tribunal estas facultades, era anticonstitucional porque ampliaba la jurisdicción original del Tribunal de la jurisdicción definida por la Constitución misma. Al decidir no intervenir en este caso, el Tribunal Supremo aseguró su posición como árbitro final de la ley.

---

<sup>37</sup> Ibidem.

En este orden de ideas vemos como La Suprema Corte Norteamericana no intentó constituirse en un poder superior al Congreso con capacidad de anular las leyes opuestas a la Constitución dictadas por éste. Simplemente defendió las prerrogativas de su propia área: el ejercicio de la jurisdicción. Y en este ejercicio reclamó PARA TODO JUEZ la facultad de interpretar la ley para aplicarla al caso en que se solicitara su intervención. Y, sentando el principio de supremacía de la Constitución, común para todos los poderes constituidos, estableció su prerrogativa y su deber –en caso de conflicto entre ésta y una ley estatal o federal- de preferir aquélla en virtud de su rango supremo. Con esta arquitectura simple puso la primacía de la ley superior al alcance de todos. La organización jerárquica de la justicia y la fuerza del principio *stare decisis* hizo el resto. La ley inconstitucional sigue siendo ley, pero queda muerta. El mérito vinculante del precedente conseguirá que ningún juez vuelva a aplicarla. De allí que -mucho después de nacer- en la nomenclatura ideada por la doctrina, el sistema norteamericano se haya calificado de “control difuso” por atribuirse a todos los jueces y de “control concreto” por recaer en el caso particular -con efecto inter partes- sin pretensiones de anular la ley.

### 3.5. LA EXISTENCIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA.

Fernández Segado en su obra *“El control de constitucionalidad en Latinoamérica: del control político a la aparición de los primeros tribunales constitucionales”*<sup>38</sup>, dilucida la controversia existente al respecto de los tribunales constitucionales que se encuentran fuera del poder judicial, entre el tribunal Cubano, el Ecuatoriano y el Guatemalteco, controversia que se suscita en el hecho de cuál de estos fue el primero en establecerse como un Tribunal Constitucional.

A este respecto, señala el jurista peruano que si bien el establecimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales cubano tuvo un lugar primario en la inclusión de la Ley fundamental de aquel País, dicho órgano era una Sala del Tribunal Supremo de Justicia, con lo que no adquiere un pleno carácter de Tribunal Constitucional; por otro lado, y al respecto del tribunal ecuatoriano, señala el autor citado que el control que éste ejercía era de carácter político mientras que las facultades decisorias quedaban al arbitrio del Congreso del país sudamericano, limitándose la labor del tribunal a ordenar la suspensión de la norma impugnada, de manera que, la corte de constitucionalidad guatemalteca, *“representa el primer órgano autónomo de esta naturaleza en América Latina”*<sup>39</sup>, por virtud de la inclusión de la misma en la Constitución guatemalteca de 1965.

Sin embargo, la Corte Constitucional guatemalteca tenía una particularidad, no era un tribunal permanente, sólo se conjuntaba cuando se presentaba el ejercicio de la acción constitucional por parte de los órganos facultados al efecto, en tal virtud, los casos que fueron puestos a su consideración fueron relativamente pocos, la Constitución de 1985 reiteraría la existencia de este órgano colegiado (esta vez con carácter permanente) cuya finalidad sería la defensa del orden constitucional conforme a los términos legales dispuestos por la Ley de Amparo, exhibición personal y de constitucionalidad de 1986.

Con esta polémica entramos al análisis de la existencia de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica, a lo largo de este estudio, pretenderemos abordar de qué manera se han instaurado los controles de constitucionalidad de actos (*lato sensu*) a lo largo de nuestro Continente, apoyándonos en las consideraciones de diversos autores para poder comprender de qué manera hemos sido

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco *Op. cit.* Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 52, diciembre de 1998, pp. 409-465.

<sup>39</sup> *Ibidem.*

influenciados por el sistema de protección constitucional Europeo y el Norteamericano, obviando desde luego el análisis de nuestra Suprema Corte de Justicia, en virtud que el mismo ha sido previamente realizado (supra §1.6).

En 1858, nace la Acción Popular, en Venezuela, con vocación para ejercitar una especie pionera de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes- retirando ese pionerismo mundial de las manos del genio de Kelsen, o sea, de la sugestión doctrinal kelseniana formulada a partir de la experiencia de la Constitución austriaca de 1919, (supra §3.3.1.) más de medio siglo después, y diferente de esta tan sólo por el hecho de que no se halla allí un órgano *ad hoc* pero una Corte Suprema dotada de otras funciones jurisdiccionales-, es porque les asiste toda razón al reconocer el pionerismo iberoamericano, en el Occidente, en ese territorio de la Ciencia Política. De hecho, el control de la constitucionalidad de las leyes, en Ibero América encuentra en el control judicial, un denominador común.

No obstante, no debemos dejar de lado el hecho de que el control, preponderantemente judicial, de la Constitucionalidad de las leyes, en Ibero América, durante el siglo XIX, ha sufrido bastante influencia, por un lado, del modelo difuso norteamericano y, por otro, de los influjos políticos del constitucionalismo francés, los cuales explican porque en las primeras Constituciones iberoamericanas la inspección de la constitucionalidad fue encargada a órganos de naturaleza política, y no al Poder Judicial.

Así las cosas, encontramos en nuestro continente una serie de sistemas que o bien siguen al difuso norteamericano, o al concentrado europeo, o en ciertos casos, a ambos, precisamente en este aspecto encontramos que los órganos que realizan control jurisdiccional de constitucionalidad pueden ser los tribunales de justicia ordinarios (control difuso o concentrado), o tribunales especializados como son las Cortes o Tribunales Constitucionales, asimismo, podemos encontrar diversos sistemas mixtos o híbridos que combinan en grados variables control jurisdiccional difuso ordinario y jurisdicción concentrada en tribunales constitucionales; jurisdicción constitucional difusa ejercida por tribunales ordinarios y control concentrado en la Corte Suprema o en una Sala especializada en materia constitucional de ella.

Países como Uruguay, Paraguay, Venezuela y Bolivia, comparten un sistema de tribunal único que está representado en algunos casos por la Corte Suprema de Justicia (Uruguay); una Sala de lo Constitucional dentro del órgano máximo de resolución de controversias (Paraguay y Venezuela); o incluso un Tribunal Constitucional, como lo es en el caso de Bolivia; por otro lado, encontramos a Chile, (Infra §3.5.1.) que comparte el control concentrado y el difuso, al contar con un Tribunal Constitucional y una Corte Suprema de Justicia, ejerciendo el control concentrado de manera preventiva y el difuso, para el caso de resolución de controversias.

En Ecuador (infra §3.5.3.) y Perú existe un modelo dual o paralelo, donde operan por carriles separados un control difuso de constitucionalidad realizado por los tribunales ordinarios, todo ello junto a un control concentrado en el Tribunal Constitucional. A su vez, en Colombia se estructura un control mixto de control de constitucionalidad, en el que participa la jurisdicción ordinaria y la Corte Constitucional.

No es en obviedad propósito de este ya de por sí extenso trabajo, el analizar cada uno de los sistemas existentes, por el contrario, este sustentante se ha dado a la tarea de elegir a los que considera los sistemas más representativos en el continente americano para hacer de ellos un estudio analítico que nos muestre las bondades y pecados de cada sistema revisado. Así pues, procedamos.

### 3.5.1. CHILE.

El continente sudamericano tiene entre sus principales exponentes a una Nación que en los últimos años ha dado muestra de un gran avance político, económico y social que no podría pensarse sin una base firme de Estado de Derecho.

Este país implementa dentro del análisis de constitucionalidad de los diversos actos de autoridad un sistema mixto de control de constitucionalidad, a decir, el control concentrado es consagrado al Tribunal Constitucional; por otro lado, se establece de igual manera un control difuso con base en el cual los jueces del poder judicial deben de velar por la aplicación de normas que se adecuen al mandato constitucional.

El Tribunal Constitucional Chileno es el órgano encargado de la defensa del orden establecido por la Carta Magna de aquél País, dicho control tiene un carácter preventivo y optativo, conforme al cual el órgano en mención se encarga de resolver las cuestiones que se susciten durante la tramitación de los proyectos de Ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. No obstante, como se ha señalado, no es éste el único tipo de control que realiza el mencionado tribunal, pues de igual manera en términos de la actual Constitución andina se consagra a los jueces del poder judicial la obligación de respeto del dispositivo constitucional. A efecto de una mejor exposición del tema, procedo a realizar el análisis histórico del control de constitucionalidad de leyes en Chile.

El control de constitucionalidad de la ley surge en la Carta de 1925, siguiendo el modelo norteamericano, bajo la tímida fórmula de una acción de inaplicabilidad de exclusivo conocimiento de la Corte Suprema, con efecto inter partes en el caso concreto y dejando subsistente la ley inconstitucional. En 1970 se instituye –al alero de la Constitución de 1925- un T.C. al estilo europeo, encargado del C.C.L. en grado preventivo –esto es, antes que la ley entre en vigencia- de talante abstracto y con efecto erga omnes. No obstante, existe un antecedente que igualmente resulta importante para efectos del estudio que se lleva a cabo, en virtud de lo cual, procedo a explicar el mismo.

En efecto, con motivo de la consulta del intendente de la provincia de Concepción en el año de 1848, la Corte Suprema emitió un dictamen al respecto del control de constitucionalidad en el sistema chileno en el que se aprecia más bien la inexistencia y renuencia absoluta al respecto de la implementación de un sistema de protección constitucional cualquiera que éste fuera, bajo la premisa de confianza en las instituciones del Estado, así, haciendo una crítica respecto del sistema de control de constitucionalidad de leyes abstracto propuesto por una la Magistratura local, dictamen que señalaba:

"... el Tribunal observará que ninguna magistratura goza de la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad de las leyes promulgadas después del Código fundamental y de quitarles por este medio sus efectos y su fuerza obligatoria. Ese poder, que por su naturaleza sería superior al del legislador mismo, puesto que alcanzaría a anular sus resoluciones, no existe en magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del legislador, de que la ley que dicta no es opuesta a la

Constitución, disipa toda duda en el particular y no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones".<sup>40</sup>

El criterio antecedente pareciera haber restringido el sistema de control constitucional de las leyes, en seguimiento a lo que podríamos nombrar como una presunción de constitucionalidad conforme a la buena fe del legislador y a su actuación acorde a la Constitución del país andino, lo que nos habla del momento histórico en aquel país al momento de la emisión de dicha resolución, en el que se concede a las instituciones chilenas la presunción de constitucionalidad de sus actos, desconociendo la propia Corte Suprema la existencia de un dispositivo constitucionalmente establecido en términos del cual se pudiera revisar la actuación acorde con la Constitución de Chile.

No obstante, esta tendencia sería superada en el año de 1867, mediante la emisión del oficio circular dirigida a las Cortes de Apelaciones, en el que se les instrúa de la siguiente manera:

"Las autoridades encargadas de aplicar las leyes a un caso determinado, deben no obstante, dar preferencia en el asunto especial en que se ocupan, a la Constitución si estuviera en clara y abierta pugna con ellas, de la misma manera que a estas autoridades compete, no siendo claro su sentido, penetrar su verdadero espíritu, fijar la legítima inteligencia, esto es, interpretarlas para los efectos del juicio especial que van a pronunciar".<sup>41</sup>

Como se aprecia, la Corte Constitucional Chilena realiza la interpretación constitucional con base en la cual dispone que los demás organismos jurisdiccionales integrantes del poder judicial, deberán en los casos que se pongan a su consideración aplicar preferentemente la Constitución, situación que guarda estrecha relación con lo resuelto por el Juez Marshall en la sentencia al caso Marbury vs Madison, y en términos de la cual los órganos del Estado se ven primeramente subordinados al orden constitucional, base del establecimiento del Estado, y con posterioridad a las leyes derivadas del proceso constitucionalmente establecido al efecto, siempre que sean acordes con la Constitución.

Al respecto de la aplicación de la circular previamente transcrita, el titular del ejecutivo enviaría a la Corte Suprema una nota respondiendo a observaciones de ésta sobre la inconstitucionalidad de una delegación de facultades del Congreso en el Presidente, nota que para mayor precisión, se incluye a continuación:

"¿Dirá ahora V.E. que esa delegación fue inconstitucional? Pero, si lo dice, ¿contra quién podría dirigir ese cargo? ¿Será contra el Congreso, por haber violado la Carta Fundamental, al otorgar aquella autorización? El Tribunal verá si semejante facultad entra en el círculo de sus atribuciones, que, por lo que hace al Presidente de la República y al Consejo de Estado, están muy tranquilos con el cumplimiento del mandato del Congreso, en uso de la autorización que él les confirió.

(...)

**La única misión de V.E., conforme exactamente con la de los demás Tribunales, está reducida a la recta aplicación de las Leyes a los casos particulares que ocurren en las causas sometidas a sus fallos, sin que sea lícito evadir su cumplimiento, ya porque sean justas ó injustas, ya por ser conformes ó contrarias á la Constitución.**"<sup>42</sup>

<sup>40</sup> ROLDAN, Alcibiades: "ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE CHILE", Santiago, 1914, p. 518.

<sup>41</sup> SILVA BASCUÑAN, Marcos: "LA CONSTITUCIÓN ANTE LOS TRIBUNALES", cit. por Alejandro SILVA BASCUÑAN, "Tratado de Derecho Constitucional", t. III, Ed. Jurídica de Chile, 1963, pg. 432.

<sup>42</sup> RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN CHILE Y EN OTROS PAÍSES DE AMÉRICA, Dr. por la Universidad de Valparaíso, Chile, página web <http://www.uv.cl/>

Como podemos apreciar de la lectura a la misiva enviada por el titular del Ejecutivo Chileno a la Corte Suprema de aquel país, en ésta encontramos cierto desenfado en la actuación de los otros dos poderes de la Unión, bajo un criterio en el que se sostenía la libre e irresponsable actuación del Ejecutivo y el Legislativo quienes parecían ser los verdaderos poderes del Estado dejando de lado al órgano encargado de la vigilancia del control constitucional por excelencia, como lo es el Poder Judicial de la Federación.

Esta opinión encontraba sustento, a decir de algunos constitucionalistas, en el artículo 4 de la Ley Sobre Organizaciones y Atribuciones de los Tribunales, que prohibía al Poder Judicial “mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos”.<sup>43</sup>

Fue este el único antecedente que se conoce al respecto de la aplicación del oficio circular de que se viene hablando, mismo que, atendiendo a las circunstancias en las que fue emitido (después de la notable definición del juez Marshall) y conforme al antecedente en el año de 1848, en el que la propia Corte decidió que la voluntad del legislador gozaba de todas las prerrogativas a su favor, tuvo únicamente la fuerza de un oficio circular, no así de un dispositivo legal que pudiera ser utilizado por los demás tribunales del poder judicial, es decir, era una mera sugerencia de aplicación en pro de la Constitución chilena.

Este sistema predominaría por más de un siglo en el que, como consecuencia del momento político que vivía Chile, era impensable la existencia de un poder en condiciones de igualdad y mucho menos de superioridad respecto del Poder Ejecutivo.

No obstante, la evolución en el sistema chileno de control de constitucionalidad derivó en el año de 1970 en la institución del Tribunal Constitucional al estilo europeo, que en tal virtud se encargaba del control de constitucionalidad de las leyes de manera preventiva que, como se ha tratado en el presente trabajo, se ejercita antes de la entrada en vigor de la ley, bajo un sistema abstracto y con efectos *erga omnes*.

De hecho, este caudal de innovación constitucional, nos lleva a una valoración especial respecto del principio de supremacía constitucional, mismo que adquiere en Chile su verdadera relevancia con la Constitución de 1980, el cuerpo normativo fundamental dedica un capítulo especial a la organización y facultades del Tribunal Constitucional, por medio del cual se le atribuye un control preventivo de constitucionalidad de la ley y de los tratados internacionales con efectos *erga omnes*. El control posterior a la entrada en vigor de una ley supuestamente inconstitucional se mantiene radicado en la Corte Suprema, a través de una acción de inaplicabilidad con efectos *inter partes* exclusivamente, algo muy similar a nuestra fórmula Otero en el amparo.

Así el artículo 6° de la Constitución chilena, acuña una fórmula con claridad conceptual y fuerza normativa conforme a la cual se determina la sujeción de los órganos del Estado a la Carta Magna y a las normas derivadas de la misma, conforme a los términos que se exponen a continuación:

“Art. 6°.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

<sup>43</sup> HUNEEUS. Jorge: “La Constitución ante el Congreso”, Imp. Cervantes t. II, Santiago 1981, pgs. 238 y ss.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”<sup>44</sup>

Como se aprecia de la transcripción antecedente, no sólo los miembros del poder judicial del Estado se ven obligados en el respeto a la Constitución, sino todos los órganos del Estado, subordinándose de esta manera al cabal ejercicio de sus competencias conforme a las disposiciones contenidas en la Carta Magna, así como a las normas que de ella se derivaren, siempre que las mismas estén de acuerdo con ella, pues de lo contrario, indudablemente dichos órganos no estarían afectos al cumplimiento irrestricto de una norma inconstitucional, pues el propio artículo determina la jerarquía superior de la Constitución en virtud que las demás leyes, sólo pueden derivarse de ella, no nacen al margen de ésta.<sup>45</sup>

Por otro lado, la norma no queda inerte ante la actuación de las autoridades, pues el constituyente procura su cumplimiento mediante la correspondiente inclusión del apercibimiento en caso del incumplimiento del mandato constitucional, lo que puede derivar en una responsabilidad política, civil, administrativa y/o penal, en el caso de los órganos jurisdiccionales del Estado, en términos del artículo 76 de la Constitución chilena.

La sujeción de los órganos del Estado al orden constitucional responde a la máxima de mayor poder mayor responsabilidad, toda vez que los órganos estatales, al haber nacido a la vida jurídica por virtud del mandamiento constitucional, luego entonces se deben a dicho ordenamiento, sin poder negar la procedencia en su aplicación o cumplimiento, pues sin la Constitución dichos órganos ningún poder tendrían, ni siquiera existirían.

Aunado a lo anterior, no debe pasar desapercibido el hecho de que si los ciudadanos se encuentran sometidos a las disposiciones constitucionales y protegidos por ellas, por mayoría de razón las autoridades del Estado se encuentran igualmente sometidas al cumplimiento del mandato constitucional.

Así las cosas, explicando el alcance de la disposición constitucional de referencia, el Prof. Alejandro Silva Bascuñán sostiene:

“Obligatoriedad de la Constitución.- Al disponer la Carta que sus preceptos ‘obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos (del Estado) como a toda persona, institución o grupo’ (inc. 2° del art. 6°), la Ley Fundamental pretende que los integrantes de la comunidad política asuman el compromiso de ajustar su conducta a sus mandatos e inspirar sus actos en el propósito de colaborar al cumplimiento de las finalidades del Estado”. Más adelante agrega: “El afán que nadie escape a este mandato de obediencia a los preceptos de la Constitución se pone de relieve en la enunciación de los obligados por ella a comportarse según lo prescribe.”<sup>46</sup>

El principio de Supremacía Constitucional, como podemos ver, adquiere en el presente punto especial importancia al someter a los jueces del Estado al ejercicio de su jurisdicción de acuerdo con la Constitución y las normas que conforme a ella se dicten, pues claro es el hecho de que la permisión de

<sup>44</sup> Fuente: [http://www.constitucion.es/otras\\_constituciones/americ/chile.html#capitulouno](http://www.constitucion.es/otras_constituciones/americ/chile.html#capitulouno).

<sup>45</sup> “El Principio de Supremacía de la Constitución y el Tribunal Constitucional”, discurso inaugural de las “XX Jornadas Chilenas de Derecho Público”, Edeval t. I, Valparaíso 1990, pgs. 32-33.

<sup>46</sup> SILVA BASCUÑAN, Alejandro. Op. cit. pgs. 133 y 134.

aplicar una norma contraria a la Constitución, derivaría en la prevaricación del mandato constitucional con base en el cual se ha dado vigencia a las instituciones del Estado, de manera tal que no puede concebirse una institución u orden legal más grande que la propia Constitución, al ser ésta la ley máxima de los diversos países, en virtud de lo cual adquiere especial vigencia el dispositivo punitivo contenido en la Constitución chilena, en términos del cual se prohíbe el sometimiento de la actuación de los órganos del Estado a normas contrarias a la Constitución.

De esta manera, el sistema constitucional chileno, bajo la disposición contenida en el artículo constitucional previamente referido, ha establecido un control difuso de constitucionalidad de la ley para ser aplicado en todos los asuntos que les corresponda resolver, con efecto “inter partes”, limitado al caso particular en que incida la decisión correspondiente, y sin perjuicio de que subsista la vigencia de la norma declarada inaplicable.

### 3.5.1.1. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 80 DE LA CONSTITUCIÓN CHILENA.

En términos del artículo 80 de la ley, se faculta a la corte chilena para declarar la inaplicabilidad de una ley inconstitucional conforme a los términos que se exponen a continuación:

“La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier Estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento.”

Así vemos que al detectarse conforme al mandato constitucional la posible contravención de una ley cualquiera con la Constitución chilena, cualquiera de las partes en juicio (actor o demandado) así como el propio Juez, puede someter dicha cuestión al conocimiento de la Corte Suprema chilena, pudiendo inclusive suspender el procedimiento del que se desprenda la cuestión de constitucionalidad a fin de que, en caso de que sea procedente dicha acción, no se aplique más la norma declarada inconstitucional.

Así también, es importante comentar que el recurso de inaplicabilidad como acción del interesado, al versar sobre la aplicación de leyes en sentido formal y material, solamente es susceptible de promoverse ante la Corte Suprema, lo cual representa una diferencia respecto del artículo 6 de la propia Constitución, conforme al cual es un deber constitucional de cada juez en cada asunto que es puesto a su consideración, resolver la cuestión de inconstitucionalidad correspondiente.

Por otro lado, la acción de inaplicabilidad se resuelve por la corte chilena en única instancia, pudiendo ser impugnada la decisión del juez que inaplica una norma inconstitucional a través de la interposición de los recursos correspondientes.

En el ámbito procesal, la acción de inaplicabilidad debe tramitarse en un proceso distinto y distante de aquél en que ella incide, mientras que el control difuso tiene la virtud de operar y tramitarse en el mismo proceso en que se plantea.

### 3.5.1.2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO COMO ÓRGANO CONTRALOR EN LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES.

Respecto de las normas de recepción de tratados internacionales en el País que nos ocupa, su orden constitucional carece de una delimitación al respecto, con lo que el orden jerárquico que guardan los acuerdos internacionales queda al arbitrio de los tribunales en las interpretaciones jurisprudenciales que formulen al respecto.

El procedimiento de revisión chileno, en materia de tratados internacionales no es de carácter obligatorio, sólo puede iniciarse previa petición que se haga a la corte por parte de las cámaras del Congreso y/o el Presidente de la República. Esta circunstancia se deriva de las facultades que dichos órganos tienen en la celebración de tratados internacionales pues, al igual que en México, el Presidente es el encargado de conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras, y organismos internacionales, estando facultado asimismo para llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del País, mismos que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso, órgano que a su vez, tiene la facultad de aprobar o desechar los tratados internacionales que el presentare el Presidente de la República antes de su ratificación, siendo asimismo el Congreso el encargado de llevar a cabo todos los pasos que para el procedimiento legislativo se requieren en la aprobación del tratado internacional.

A este respecto, el Tribunal Constitucional chileno ha definido que el tratado tiene la fuerza de la Ley tomando en cuenta que la influencia que este puede ocasionar en el orden jurídico interno lo hace susceptible inclusive de modificar el régimen legal interno mediante la implementación de reformas a las leyes vigentes o inclusive de la creación de nuevas normas a efecto de establecer una recepción más completa de los mencionados acuerdos internacionales. Esta posición por parte del Tribunal Constitucional sin embargo, ha acarreado la contradicción a las consideraciones jurisprudenciales que al respecto ha emitido la Corte Suprema Chilena, que ha definido que la Constitución de aquél país se encuentra por encima de cualquier otra norma y que los tratados internacionales a este respecto, guardan un tercer lugar en el orden jurídico interno ante la circunstancia de que el poder legislativo tiene que llevar a cabo la emisión de la Ley a efecto de aceptar la inserción del tratado en el régimen jurídico intestino.

Uno de los casos más significativos en los últimos años y conforme al cual el Tribunal Constitucional Chileno sostuvo la necesaria implementación de reformas a la Constitución Chilena, se materializó en la emisión de la sentencia Rol N° 346 (de 8 de abril de 2002) conforme a la cual se determinó por parte del órgano de control constitucional al respecto del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional que, para la aprobación del Congreso de dicho tratado y su posterior ratificación por parte del C. Presidente de Chile, se requería la implementación de la reforma constitucional previa.<sup>47</sup>

La disertación se razonó a la luz de los efectos que dicho estatuto tenía en el orden jurídico chileno, la situación era clara, conforme a la Constitución de aquel país se señala la obligación de las autoridades que, en ejercicio de la soberanía, deberán limitar la misma al respeto de los derechos propios de la naturaleza humana.

---

<sup>47</sup> El texto íntegro de la sentencia a que se alude puede ser consultado en <http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/anos/2002.html>.

Precisamente la concepción de soberanía constituyó en el caso señalado, el necesario análisis de los efectos de ésta y sus alcances, se determinó la titularidad de dicho concepto en la Nación, y la facultad en el ejercicio de la misma al pueblo y las autoridades que la Constitución establece, con lo que el otorgamiento de la competencia respectiva a la Corte Penal Internacional para que ésta se encargue de conocer de conflictos ocurridos en el interior de la república, competencia por ende de algún tribunal nacional, contravenía las disposiciones constitucionales referentes a la potestad de los tribunales nacionales encargados de dirimir las controversias que se susciten en el País.

En tal virtud se proponía que el estatuto en cuestión debía verse revestido primeramente por la reforma constitucional respectiva a efecto de ingresar en el orden jurídico interno, sin embargo, se prestaba dicha circunstancia a la disyuntiva de tener que esperar a la reforma constitucional respectiva a efecto de que el estatuto en cuestión tuviese plenos efectos en Chile puesto que conforme al mandato constitucional dicho país se ve obligado a respetar los derechos humanos y la firma y entrada en vigor del estatuto en cuestión, brindaba a los individuos la posibilidad de que la Corte Penal Internacional pudiese llevar a cabo procedimientos jurisdiccionales en defensa de los derechos humanos, al establecer la facultad para la Corte Penal Internacional de castigar a aquellos individuos que hubieren atropellado los derechos fundamentales de la persona humana.

Actualmente existe en Chile una propuesta de reforma constitucional en términos de la cual se contempla la revisión de constitucionalidad de los acuerdos internacionales a través del Tribunal Constitucional Chileno de manera obligatoria y preventiva con antelación a la ratificación de los mismos, con lo que el procedimiento se encuentra sujeto al *quorum* al que se encuentra sometida cualquier reforma constitucional.

Esta posición inclusive fue sostenida por el tratadista chileno Humberto Nogueira Alcalá, quien en el año 2000 escribió para la Revista Peruana de Derecho Constitucional en el artículo intitulado: *“El Tribunal Constitucional Chileno y sus competencias: Situación presente y visión prospectiva”*, refiriéndose a la implementación de la reforma constitucional chilena, que la misma haría posible el que *“no puedan integrarse al derecho interno aquellos que tengan normas en contradicción con la Carta Fundamental”*, proscribiendo de igual manera el control represivo aplicado mediante el ejercicio de la acción contenida en el artículo 80 de la Constitución chilena, llamado por ésta como *“Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de los Preceptos Legales”* toda vez que los acuerdos internacionales no son *“expresión unilateral de los órganos colegisladores, sino expresión de la voluntad bilateral o multilateral de diversos Estados”*.<sup>48</sup>

### 3.5.2. GUATEMALA.

Este sistema de control de constitucionalidad merece especial atención en virtud que el Estado guatemalteco fue el primero en Latinoamérica en establecer un tribunal de control de constitucionalidad en América Latina, así es, nuestros vecinos del sur muestran un gran ejemplo al prever la venida de una política internacional de intervencionismo en la que el Estado debe dejar de ser una caja cerrada y abrirse al mundo pues de lo contrario tiene el riesgo de extinguirse en si mismo.

---

<sup>48</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE AMÉRICA DEL SUR Y SUS COMPETENCIAS. Editorial Provincia, número especial, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela.

La Corte de Constitucionalidad guatemalteca surge como un tribunal de jurisdicción privativa cuya función esencial es la defensa del orden constitucional, actuando como órgano colegiado con independencia de los demás órganos del Estado.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala surgió como tribunal no permanente con la Constitución de 1965. Este fue el primer intento de un Tribunal Constitucional especializado en Guatemala, y se reguló de conformidad con la Constitución vigente y el Decreto 8 de la Asamblea Nacional Constituyente. Sus funciones se reducían exclusivamente a conocer ocasionalmente del "Recurso de inconstitucionalidad" y a declarar por la mayoría de 8 de sus miembros la inconstitucionalidad de las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contenían vicio parcial o total de inconstitucionalidad, pero excluía toda otra intervención respecto al amparo directo, el conocimiento en apelación de esta acción, de la apelación de inconstitucionalidad en casos concretos y de otras materias.

Asimismo, una de las diferencias respecto del sistema de constitucionalidad vigente, es que no existía acción popular para el planteamiento de la acción de inconstitucionalidad y el mismo estaba revestido de una serie de excesivos formalismos que no permitieron su eficacia. Este órgano, al pertenecer a uno de los órganos del Estado, no poseía la independencia necesaria para conocer de inconstitucionalidades relacionadas con distintos entes estatales.

Cambia sus características a las de un órgano permanente en el año de 1985 incorporando el nuevo modelo de Corte de Constitucionalidad y ampliando su competencia en el orden normativo Guatemalteco.

Su regulación se encuentra contenida en los artículos 268 al 272 de la Constitución del país centroamericano, así como en los dispositivos legales consistentes en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, así como en el Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.

El sistema de elección de Magistrados se rige bajo un criterio de designación a partir de las propuestas individuales de la Corte Suprema de Justicia, el pleno del Congreso de la República, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala y la Asamblea del Colegio de Abogados.

La organización de este órgano contralor de constitucionalidad se divide para efectos del estudio de los asuntos que son puestos a su consideración y a propuesta del Presidente, de la siguiente manera:<sup>49</sup>

- Pleno.

Conformado por 5 magistrados titulares, es el órgano más alto de la Corte, precede el Presidente de la Corte, quien es la autoridad administrativa responsable de estos aspectos. Los Magistrados suplentes integran la Corte en caso de ser llamados para ello, y para resolver los asuntos en que se requiere el conocimiento de siete magistrados, o en el caso de que alguno de ellos se haya excusado. La Presidencia posee un letrado y dos Secretarías.

---

<sup>49</sup> Fuente: <http://www.cc.gob.gt/index-2.html>

- Secretario General.

Es el encargado de dirigir la tramitación de los asuntos hasta que se encuentran en Estado de resolver. Dentro de la Secretaría laboran cinco oficiales que resuelven y cinco notificadores, además de un Receptor de Documentos y el personal secretarial necesario para su funcionamiento.

- Sección de Resultas.

En este departamento se preparan resúmenes de los hechos de los expedientes, cuenta con un jefe, un subjefe y varios oficiales, que son estudiantes de derecho de los últimos grados que ayudan a redactar la síntesis de los procesos.

- Sección de Magistratura.

Cada Magistratura se integra con el magistrado titular, el suplente, tres abogados asesores de medio tiempo y una secretaria.

- Sección de Jurisprudencia y Gaceta.

Ésta posee la responsabilidad de recopilar las sentencias de la Corte y editar la publicación trimestral que las contiene. Asimismo, debido a que la Jurisprudencia de la Corte se forma con tres fallos que reiteren un mismo criterio en casos similares e ininterrumpidos, también aquí se clasifican los fallos para determinar si existe o no jurisprudencia. Este departamento depende directamente de la Presidencia.

- Director Financiero.

Se encarga de las cuentas de la Institución, depende directamente de la Presidencia, y dentro del departamento existe también una auditoría interna.

- Director Administrativo.

Tiene a su cargo los restantes departamentos de la Corte, tales como la Biblioteca, Informática, Recursos Humanos, Mantenimiento, en cada uno de los cuales existe un responsable, y los auxiliares necesarios.

#### 3.5.2.1. COMPETENCIAS DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD GUATEMALTECA.

La competencia de la Corte Guatemalteca se divide en numerosas acciones, que podemos encuadrar en los siguientes rubros: (1) En cuanto al control de constitucionalidad; (2) Competencia en materia de amparo: La Corte de Constitucionalidad, de conformidad con los artículos 272 inciso b) de la Constitución y 163 inciso b) de la Ley de la materia; (3) Amparos bi-instanciales [inciso c) del artículo 272 de la Constitución y el artículo 163 inciso c) de la Ley de la materia]; (4) Competencia respecto de opiniones consultivas [Capítulo Cinco de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, (artículos 171 al 177)]; (5) Opiniones consultivas sobre la constitucionalidad de tratados, convenios y

proyectos de ley [artículos 272 inciso e) de la Constitución y 163 inciso e) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad]; (6) Opiniones sobre la constitucionalidad de leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad [inciso h) del artículo 272 de la Constitución y artículo 163 inciso h) de la Ley de la materia]; (7) Opiniones y actuaciones en asuntos de su competencia [inciso i) del artículo 272 de la Constitución y el artículo 163 inciso i) de la Ley de la materia]; (8) Dudas de competencia [inciso f) del artículo 272 de la Constitución y el artículo 163 inciso f) de la Ley de la materia]; (9) Conflictos de Jurisdicción y competencia; (10) Competencia para emitir dictámenes sobre la reforma a las leyes constitucionales [inciso a) del artículo 164 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad]; (11) Competencia de la corte para presentar iniciativa de reforma constitucional (artículo 277 de la Constitución); (12) Competencia reglamentaria de la corte de constitucionalidad (artículo 165 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad).

Asimismo, cada una de las áreas señaladas se subdividen en otras tantas referentes precisamente a los rubros principales señalados, así podemos encontrar dentro del control de constitucionalidad, la correspondencia en el estudio de la acción directa de constitucionalidad, ejercida bajo el control concentrado a posteriori, procedimiento al cual recae una sentencia con efectos *erga omnes*, este procedimiento se enfoca en el control de la constitucionalidad de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general.

#### 3.5.2.1.1. LA ACCIÓN POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Dentro de los sujetos legitimados para ejercer la acción de inconstitucionalidad de normas encontramos una situación que parece novedosa por lo menos para un sistema jurisdiccional como el nuestro: la acción popular, ésta representa la interposición de la demanda correspondiente por parte de cualquier persona exponiendo sus argumentos con el auxilio de tres abogados, el nombre de acción popular deriva del hecho de que el actor no necesita tener un interés jurídico diferente del legítimo para acreditar la procedencia de esta acción.

Asimismo, se encuentran legitimados para ejercer este tipo de acción la Junta Directiva del Colegio de Abogados actuando a través de su Presidente, el Ministerio Público, a través del Fiscal General de la República, el Procurador de los Derechos Humanos en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia.

A pesar de que no se establece en ningún cuerpo legal la posibilidad de que este tribunal pueda actuar de oficio, el mismo ha reconocido mediante jurisprudencia que esta situación es factible en determinados casos, de hecho el caso que dio a luz este criterio fue el acaecido el 25 de mayo de 1993, cuando el entonces Presidente de la República de Guatemala emitió un Decreto denominado "Normas Temporales de Gobierno", en el cual se removía a titulares de los Organismos del Estado, entre ellos del Legislativo, Judicial, Tribunal Supremo Electoral, Procurador de Derechos Humanos y de la Corte de Constitucionalidad, suspendiendo asimismo la vigencia de diversas normas constitucionales.

El criterio de la Corte para poder proceder de oficio estuvo sustentado en el hecho de que en términos de la ordenanza constitucional contenida en el artículo 268, la función de éste era, precisamente, la de defender el orden constitucional y debido a que con la emisión de las mencionadas normas temporales se estaba afectando gravemente ese orden constitucional, ya que se disponía de facto dejar en suspenso más de cuarenta artículos constitucionales, se justificaba su actuación de oficio

para conocer de un decreto que, además de afectar la norma suprema, producía efectos frente a la totalidad de la población.

Por otro lado, es importante señalar que no existe un límite temporal para el planteamiento de la acción, contemplando el acaecimiento de casos de "inconstitucionalidades sobrevenidas", es decir de normas vigentes previo a la entrada en vigor del texto constitucional, pero que por ser incompatibles con la norma suprema se han eliminado del ordenamiento jurídico, como en el caso del delito de adulterio, que se encontraba regulado en el Código Penal vigente emitido en el año de 1973, el cual regulaba la citada figura delictiva únicamente para la mujer casada y no para el hombre casado.

#### 3.5.2.1.2. LA ACCIÓN DE AMPARO GUATEMALTECO.

Al referirnos a las inconstitucionalidades derivadas de casos concretos, es necesario enfatizar que la Corte conoce en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia, lo anterior en términos del artículo 272 de la Constitución Federal.

La legitimación en este tipo de casos no se materializa de manera popular como en la previamente analizada, los únicos legitimados para plantear la inconstitucionalidad son las partes en el caso concreto, de manera que las resoluciones tienen efectos *inter partes*, declarando en su caso, la inaplicabilidad de la norma al caso concreto, sin que haya tampoco eliminación de normas del ordenamiento jurídico.

En lo que respecta a la competencia en materia de amparo, a la Corte de constitucionalidad de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 272 constitucional, le es dado conocer en única instancia en calidad de tribunal extraordinario de amparo las acciones de amparo interpuestas contra el Congreso de la República, la Corte Suprema Justicia, el Presidente y el Vicepresidente de la República.

Otra de las peculiaridades del amparo Guatemalteco es que tiene un doble objetivo uno preventivo, ya que procede contra la "amenaza de violación", es decir, aunque no se haya producido un hecho concreto que haya lesionado un derecho constitucionalmente protegido; y otro reparador, ya que procede para "restaurar el imperio de los mismos" (de los derechos) cuando la violación haya ocurrido, restableciendo al afectado en la situación jurídica quebrantada.

Dentro de los sujetos contra los que se podrá promover el amparo podemos encontrar igualmente, y como una situación diferente a nuestro orden constitucional, a los partidos políticos, asociaciones, sociedades, sindicatos, cooperativas y otras semejantes, cuando se trate de evitar que se causen daños patrimoniales, profesionales o de cualquier naturaleza.

Debemos enfatizar el hecho de que dentro del sistema jurídico guatemalteco no existe ningún acto de autoridad que pueda escapar al control constitucional que ejerce la Corte de Constitucionalidad, ya que ésta posee competencia para conocer de las decisiones de cualquier órgano del Estado y de sus entidades.

Los principios reguladores del amparo guatemalteco no son muy diferentes de los que rigen la institución en nuestro país, pues encontramos principios tales como el de iniciativa o instancia de parte,

existencia de agravio personal y directo, definitividad del acto reclamado y existencia del amparo biinstancial.

### 3.5.2.1.3. LAS OPINIONES CONSULTIVAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS, CONVENIOS Y PROYECTOS DE LEY.

Dentro de las funciones que más llaman la atención a este sustentante y que resulta trascendental para el trabajo que nos ocupa, encontramos el ejercicio de la Competencia respecto de opiniones consultivas en materia de tratados internacionales, institución que se encuentra regulada en el Capítulo Cinco de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, (artículo 164 b)) y conforme a la cual podrán solicitar opiniones de la Corte de Constitucionalidad el Congreso de la República, el Presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia.

En dicha solicitud deben expresarse las razones que la motivan y contener las preguntas específicas sometidas a la consideración de la Corte, que tiene sesenta días para emitir su opinión, fundamentando en forma clara y precisa sus conclusiones y el apoyo jurídico y doctrinario de las mismas, dichas decisiones deben ser pronunciadas en audiencia pública solemne, con citación del órgano o personas solicitantes, así como de cualesquiera otras personas que el tribunal estime pertinente convocar, además de la correspondiente publicación en el Diario Oficial dentro de tercero día de haber sido pronunciadas en audiencia pública.

Es importante señalar que el Presidente Guatemalteco tiene la obligación de someter a la aprobación del Congreso de aquel País los tratados y convenios internacionales, asimismo, la Constitución guatemalteca establece que cualquier ley que resulte en la vulneración, disminución, restricción o tergiversación de la Constitución es nula *ipso iure*, esto aunado al control difuso de constitucionalidad conforme al previamente mencionado principio de supremacía constitucional.

De la misma manera, la Constitución guatemalteca prevé la supremacía del derecho internacional previamente aceptado por Guatemala, aún sobre el derecho interno, en materia de derechos humanos.

A este respecto, podemos apreciar que se trata de una disposición que resulta polémica, pues existen diversas opiniones que señalan que dicha enunciación coloca al derecho internacional aún por encima del derecho interno incluyendo éste a la Constitución, mientras que, por otro lado, hay quien niega dicha supremacía en virtud que aún los acuerdos y tratados internacionales en materia de derechos humanos, se encuentran sujetos al control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

Debemos señalar que esta opinión ha sido poco solicitada a la Corte de Constitucionalidad, respecto de Convenios fue el referente al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, "Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes", en el que el Congreso de la República requirió a la Corte que se pronunciara sobre la constitucionalidad de las normas que conforman el citado Convenio a efecto de ratificarlo posteriormente.

A efecto de una apreciación práctica de la opinión que se detalla, es dable señalar la opinión que el Tribunal Constitucional Guatemalteco tuvo al respecto de la aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

El Tribunal Constitucional señalaría en la resolución a la consulta que fue puesta a su consideración por parte de la Cámara de Diputados, que en la materia de los derechos humanos:

“si bien es cierto que las reglas del juego democrático son formalmente iguales para todos, existe una evidente desigualdad real entre los pueblos indígenas con relación a otros sectores de los habitantes del país, por lo cual el Convenio se diseñó como un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales, para que por lo menos disfruten en el mismo grado de igualdad de los demás integrantes de la sociedad”

En esta tesitura, el tribunal señalaría que el instrumento internacional consistente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, deviene en una regulación complementaria de la Constitución y no contraria a ésta.<sup>50</sup>

#### 3.5.2.1.4. OTRAS FACULTADES RELEVANTES DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD GUATEMALTECA.

Además de estar facultada para dirimir controversias en materia de competencia constitucional y/o jurisdiccional, la Corte de Constitucionalidad Guatemalteca está facultada para llevar a cabo la emisión de dictámenes sobre la reforma a las leyes constitucionales, en términos de lo dispuesto por el artículo 164 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Este trámite es obligatorio previo a la aprobación del dictamen de reforma constitucional.

Por otro lado, encontramos que la Corte tiene también facultades de proposición de reformas a la Constitución en términos de lo dispuesto por el artículo 277, inciso c), de su Ley Fundamental que al respecto establece:

“Artículo 277. Iniciativa. Tiene iniciativa para proponer reformas a la Constitución:

- a) El Presidente de la República en Consejo de Ministros;
- b) Diez o más diputados al Congreso de la República;

**c) La Corte de Constitucionalidad; y**

- d) El pueblo mediante petición dirigida al Congreso de la República, por no menos de cinco mil ciudadanos debidamente empadronados por el Registros de Ciudadanos.

En Cualquiera de los casos anteriores, el Congreso de la República debe ocuparse sin demora alguna del asunto planteado.”

Como podemos ver, el ordenamiento jurídico de Guatemala tiene una gran amplitud en cuanto a la legitimación activa para la solicitud de reformas a la Constitución, ya que ésta puede provenir de diferentes sectores del gobierno e incluso de la población.

Este tipo de facultades no está generalmente previsto en los diversos Tribunales Constitucionales, sin embargo, hemos de señalar que la conveniencia de esta institución responde al hecho de que la

<sup>50</sup> BAZÁN, Víctor. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES. UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO. Editorial Porrúa, México 2003. pp. 51-53.

adecuación del texto constitucional puede adecuarse a la realidad existente a través de la revisión o enmienda del órgano legitimado para su protección, que también podría establecer en un momento determinado la necesidad de una revisión de la Constitución, al considerar que una de sus normas no es aplicable o resulta necesaria su modificación y que de no hacerlo por los procedimientos legalmente establecidos podría dar lugar a su alteración por las vías de hecho, que vendría a poner en peligro el Estado de derecho, por lo que en aras de mantener la vigencia de la norma suprema se encontraría legitimada para solicitar las reformas a la misma.

Sin embargo, hemos de señalar que esta institución no ha sido ejercida por el Tribunal Constitucional desde su establecimiento en el año de 1985.

### 3.5.3. ECUADOR.

Una de las situaciones que ha hecho que ciertos países sudamericanos, así como del centro del continente se encuentren a la vanguardia en materia de análisis de constitucionalidad de las diversas normas integrantes de su sistema interno, obedece al hecho de que en dichos países las reformas constitucionales más importantes, e inclusive la implementación de nuevas constituciones, se ha dado en tiempos recientes, a esta situación obedece el sistema constitucional del Ecuador, respecto del cual se procede a su análisis.

A partir del año 1993, el país sudamericano tomó conciencia de la necesidad de modernizar su Constitución bajo la proposición por parte de múltiples sectores de la sociedad que había sufrido por años una guerra intestina que había dejado como resultado una Nación que empezaba a mostrar la necesidad de implementar un nuevo orden constitucional, así las cosas, la Asamblea Nacional Constituyente recogió en gran parte dichas reformas constituyendo la culminación de un proceso de innovación constitucional para una Nación renovada.

La creación del Tribunal Constitucional del Ecuador se derivó de la realización de una consulta popular efectuada el 28 de agosto de 1994, en la que se facultó al Presidente de aquel país para el envío de un proyecto de reformas constitucionales al Congreso precisamente en materia de implementación de un sistema de protección constitucional a cargo de un órgano independiente de los demás integrantes del Poder Judicial Ecuatoriano, incluso de la Corte Suprema de aquel país.<sup>51</sup>

Fue en el Tercer Paquete de Reformas, en el que se incluyó la creación del Tribunal Constitucional, en reemplazo del Tribunal de Garantías Constitucionales, reforma que sería finalmente promulgada el 16 de enero de 1996.

Así, la Asamblea Nacional Constituyente expidió el 5 de junio de 1998 la Constitución Política de la República de Ecuador, en la cual se conservó casi íntegramente el texto aprobado en 1996, habiéndosele asignado adicionalmente al Tribunal Constitucional la facultad de dictaminar sobre la constitucionalidad de los tratados o convenios internacionales, previamente a su aprobación por parte del Congreso Nacional, con lo que se puntualizó el sistema de control concentrado de constitucionalidad en el sistema normativo de aquel país.

---

<sup>51</sup> Fuente: <http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/>

De esta guisa, el sistema de control concentrado de constitucionalidad en el Ecuador tuvo como antecedente inmediato al Tribunal de Garantías Constitucionales, creándose posteriormente una magistratura especializada en la materia a partir de la reforma constitucional del año de 1996.

### 3.5.3.1. LA NATURALEZA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ECUATORIANO.

El establecimiento del órgano constitucional autónomo de control de constitucionalidad trajo consigo la necesidad de implementar un régimen normativo secundario, conforme al cual se sentaran las bases de actuación del citado tribunal, a decir, la Ley de Control Constitucional, norma que data del año de 1997. De igual manera el tribunal cuenta con un Reglamento Orgánico Funcional promulgado el 7 de noviembre de 1997, el cual es la norma reglamentaria que se dictó para la aplicación de la Ley de Control Constitucional.

El instituto que ocupa nuestro estudio goza como se ha señalado en líneas anteriores de dos características que fundamentan su naturaleza, la independencia de la magistratura y el hecho de ser un órgano jurisdiccional especializado.

El hecho de ser un órgano constitucional del Estado hace de este tribunal, en su calidad de poder constituido, al primer defensor de la Constitución y protector de los derechos fundamentales de los ciudadanos como objetivo prioritario del Estado.

#### 3.5.3.1.1. INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL.

La independencia del Tribunal Constitucional Ecuatoriano es apreciable desde una perspectiva interna, así como externa; el ámbito externo, determina la independencia del tribunal respecto de cualquier otro órgano del Estado, sometido en su carácter de órgano jurisdiccional a la Constitución como norma sustantiva, y a su Ley Orgánica que establece las normas adjetivas que dirigen el procedimiento de su actividad.

De hecho, la independencia externa del tribunal en atención a la importancia de las funciones que realiza es fundamental dentro del sistema de pesos y contrapesos en el que las funciones del Estado actúan independientemente unas de otras a fin de ejercer un control entre ellas, conforme a un sistema constitucional que otorga diversos poderes a los órganos del Estado y a su vez los limita, es decir, el poder otorgado por las normas constitucionales se encausa a través de éstas por vías previamente determinadas, lo que materializa la máxima del derecho que señala que las autoridades sólo podrán hacer aquello que les esté expresamente permitido.

Ecuador establece un sistema de control mixto que si bien centra mayormente el poder del Tribunal Constitucional precisamente en el control concentrado de constitucionalidad, permite de igual manera el sistema de control difuso norteamericano. Esto es así por virtud de lo ordenado por los artículos 272 al 274 de la Constitución, contenidos en el Título XIII de aquella norma fundamental intitulado “De la supremacía, del control y de la reforma de la Constitución”<sup>52</sup> que señalan:

“Artículo 272. La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos,

<sup>52</sup> Fuente: [http://www.constitucion.es/otras\\_constituciones/america/ecuador.html#titulocho](http://www.constitucion.es/otras_constituciones/america/ecuador.html#titulocho)

ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.

“Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.

“Artículo 273. Las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente.

“Artículo 274. Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido.

“Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio.”

Como se aprecia de la previa inserción de los artículos, el último de los numerales transcritos permite a cualquier juez o tribunal declarar inaplicable un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, estando obligado dicho Juez a enviar un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional para que éste resuelva con carácter general y obligatorio, es decir, en el caso en el que se ha derivado la declaratoria correspondiente se mantiene el principio de relatividad de las sentencias, afectando la resolución únicamente a los partícipes en el juicio.

En este sistema, el Tribunal Constitucional se constituye como un órgano más del control de la supremacía normativa constitucional, con la única prohibición constitucional de control de la actuación jurisdiccional de la función judicial, situación que sí ocurre en otros países y que mantiene el debate en el constituyente permanente ecuatoriano sobre otorgar al Tribunal Constitucional el monopolio absoluto del control constitucional y la protección de los derechos fundamentales, o por el contrario, ratificar la independencia absoluta de la función judicial mediante la ratificación de su independencia absoluta.

El Tribunal Constitucional concentra exclusivamente el poder decisorio en el control constitucional tanto preventivo en cuanto se refiere a los tratados y convenios internacionales y a las objeciones de inconstitucionalidad de proyectos de ley, como represivo en cuanto a resolver con carácter generalmente obligatorio sobre la inconstitucionalidad de normas vigentes y actos administrativos.

Otra de las características atinentes a la independencia externa del tribunal, se manifiesta al respecto de su autonomía administrativa, económica y financiera, dichos supuestos de independencia y autonomía encuentran razón de ser en que un órgano de control de la constitucionalidad, que controla a todos los otros poderes, no podría verse influenciado de manera alguna por ninguno de los órganos que controla, lo que denota una cierta tendencia a no permitir injerencia alguna por parte de ninguno de los órganos del Estado en el Tribunal Constitucional a fin de que éste pueda llevar a cabo sus funciones de manera más desahogada y libre de presión alguna que no sea la de la sociedad.<sup>53</sup>

En lo atinente a la independencia interna, ésta nace del convencimiento de que el juzgador ejercita su poder en cada caso que debe resolver conforme a las facultades que le han sido otorgadas, es decir, conforme a la ética del juzgador, con la finalidad de evitar cualquier forma de influencia

<sup>53</sup> [http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/competencias.asp?id\\_competencia=1](http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/competencias.asp?id_competencia=1)

externa que derive en la desfiguración de la justicia que está obligado a aplicar, sin obstar la existencia de cualquier criterio que discrepe de su actuación, aun cuando proviniera de un superior jerárquico.

La especialización del Tribunal Constitucional nace de la Constitución que ubica a esta institución como una herramienta específica del control de la constitucionalidad, separándola de las otras funciones y órganos del Estado, a quienes otorga atribuciones propias.

De esta manera, el Tribunal Constitucional, a pesar de ejercer jurisdicción, no es parte de la función judicial, ni tampoco de la legislativa a pesar de controlar los actos administrativos del ejecutivo y de que la elección de sus miembros se produce en el Congreso Nacional, esta previsión se encuentra en la Constitución atendiendo a la finalidad de garantizar en este órgano el control constitucional independientemente del resto de las funciones del Estado.

La sociedad ecuatoriana como resultado de esta tendencia se pronunció por involucrar en el sistema de poder de aquel país un nuevo sistema de control, el cual, en virtud de la especialidad de la materia a regularse, como lo es la constitucional, provocó la creación de una magistratura especializada, inclusive con procedimientos propios, que permite a todo ciudadano, se considere o no afectado en sus intereses subjetivos, demandar ante este órgano cualquier situación que afecte la vigencia de la Constitución.

El mantenimiento de la especialidad del tribunal obedece a la necesidad de proveer de certidumbre jurídica a los ciudadanos. La Constitución, entendida como el punto de validez y unidad del ordenamiento jurídico de un Estado, instituye, por virtud del principio de supremacía constitucional, tiene como fin que se cree un conjunto normativo armónico para la adecuada convivencia social, política, económica, etc., y para ello, entre otros mecanismos, permite al Tribunal Constitucional expulsar del ordenamiento jurídico toda norma que contravenga la Constitución, constituyéndose esta función, en una forma de garantizar la seguridad jurídica que permite a cada ciudadano conocer las consecuencias jurídicas de sus actos o los de las otras personas.

La naturaleza jurisdiccional del órgano de control constitucional deviene de que, puesto en su conocimiento una demanda concreta de afectación de la Constitución, sus decisiones tienen efectos jurídicos vinculantes para las partes o la sociedad toda según el caso. En realidad, tanto por su formación como por sus efectos, estas resoluciones consisten propiamente en sentencias, puesto que se trata de un acto procesal que tiene efectos de cosa juzgada, y cuenta con el elemento coercitivo en caso de incumplimiento.

Estas sentencias tienen tres características propias que también fortalecen su naturaleza de especialidad: 1) Constituyen la instancia suprema en materia constitucional; 2) Se produce en virtud de la interpretación constitucional, de forma tal que no sólo se fija en el contenido de la norma o el acto impugnado, sino que lo descifra dentro del espíritu constitucional; y, 3) Si bien es una sentencia elaborada de manera técnica jurídica, en última instancia es una decisión política puesto que es un acto de poder que vincula a los demás poderes del Estado.

### 3.5.3.2. COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Las competencias que la Constitución Federal Ecuatoriana otorga al Tribunal Constitucional, ponen de manifiesto su misión trascendental dentro de un Estado Social de Derecho, el control de la constitucionalidad y la garantía de los derechos fundamentales de la persona constituyen los cometidos esenciales de esta Magistratura, a la que se le han confiado también importantes atribuciones que cumple en resguardo de la juridicidad y Estado de Derecho.

El control de la constitucionalidad, de conformidad con las disposiciones de la Ley Suprema, abarca normas jurídicas y actos administrativos de toda autoridad pública, y respecto de las primeras, puede ejercerse de modo concentrado o difuso, a posteriori o preventivo.

En materia de garantías, al Tribunal Constitucional le corresponde conocer, en segunda y definitiva instancia, sobre las resoluciones dictadas en los procesos de amparo, hábeas corpus y hábeas data.

Por último, el Tribunal Constitucional dirime conflictos de competencia suscitados entre determinados órganos y entidades; resuelve sobre quejas y reclamaciones previstas en la Ley de Régimen Municipal, Ley de Régimen Provincial y Ley de Elecciones; convoca a elecciones cuando, en trasgresión de la ley, no lo haga el Tribunal Supremo Electoral; conoce sobre las impugnaciones que se presenten en relación a la descalificación de legisladores, según el Código de Ética de la Legislatura; y se pronuncia previamente en ciertos casos de extinción de partidos, según la Ley de Partidos Políticos.

#### 3.5.3.2.1. CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD.

El Tribunal Constitucional conoce y resuelve sobre demandas de inconstitucionalidad que se formulen respecto de cualquier norma jurídica que esté vigente, este tipo de control con el previo análisis que se ha hecho al respecto, es abstracto al confrontar al precepto jurídico impugnado con el texto constitucional, el cual, en caso de concluir el tribunal que contraría a la Norma Suprema, suspende los efectos de ésta a partir de la publicación de la sentencia correspondiente, sin que tal precepto pueda ser invocado ni aplicado en el futuro por ningún juez o autoridad.

#### 3.5.3.2.2. CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

En términos de lo dispuesto por el artículo 274 Constitucional, cualquier juez o tribunal, en las causas que conociere, podrá declarar inaplicable un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de tratados y convenios internacionales vigentes, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tiene fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronunciare, y el juez o tribunal debe presentar un informe sobre dicha declaratoria ante el Tribunal Constitucional, para que esta Magistratura resuelva con carácter general y obligatorio.

#### 3.5.3.2.3. EL CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD.

El Presidente de la República Ecuatoriana tiene la facultad de presentar ante el Tribunal las objeciones que considere pertinentes en el proceso de formación de las leyes, así como la de

pronunciarse previamente sobre la conformidad constitucional de los tratados y convenios internacionales que debe aprobar el Congreso Nacional.

En el primero de los casos señalados, habiendo el Presidente de la República objetado por razones de inconstitucionalidad, en forma total o parcial, un proyecto de ley, se lo debe remitir al Tribunal Constitucional para que emita su dictamen en el plazo de treinta días, en caso de confirmarse la inconstitucionalidad total del proyecto, el mismo deberá archivar sin que sea procedente la interposición de recurso alguno; por otro lado, en caso de detectarse su inconstitucionalidad parcial, el Congreso Nacional deberá realizar las enmiendas correspondientes para que el proyecto pase luego a la sanción del Presidente de la República.

En lo atinente a la celebración de tratados internacionales, el dictamen previo que realiza el Tribunal Constitucional guarda íntima relación con la disposición del inciso final del artículo 162 de la Constitución, mismo que al efecto establece:

*"La aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma".*

Al respecto del control de constitucionalidad de los actos administrativos, dicho control se extiende, valga la redundancia, a todos los actos administrativos que sean emitidos por la autoridad pública, o como define el artículo 24 de la Ley de Control Constitucional a aquellas "declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales, así como los de mero trámite que influyan en una decisión final".

La declaración de inconstitucionalidad de un acto administrativo, produce la revocatoria del mismo, sin perjuicio de que la autoridad adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales.

#### 3.5.3.2.4. LOS INSTITUTOS DE AMPARO Y HABEAS CORPUS ECUATORIANOS.

Las instituciones a que se hace referencia en el presente punto, han sido generalmente acogidas por los sistemas jurídicos americanos y Ecuador no es la excepción, en materia de garantías, la Constitución Política de la República del Ecuador reconoce a todos aquellos que se encuentren dentro de su territorio, las garantías del amparo, hábeas data y hábeas corpus.

El amparo es una acción preferente y sumaria prevista para la protección de cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente. El conocimiento de las demandas de amparo corresponde a los jueces de lo civil o tribunales de instancia, y excepcionalmente a los jueces de lo penal, de cuyas resoluciones se puede apelar ante el Tribunal Constitucional, cuyo pronunciamiento causa ejecutoria.

Contenida en el artículo 95 de la Constitución Ecuatoriana, esta institución tiene en Ecuador diversas características entre las cuales destaca el hecho de que las decisiones judiciales adoptadas en un proceso no son susceptibles del ejercicio de dicha acción, lo que representa, por lo menos respecto del sistema mexicano, un radical cambio en el juzgamiento de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, pero en cambio si se establece la posibilidad de recurrir en apelación ante el Tribunal Constitucional.

Por su parte, el hábeas data, que podemos encontrar regulado constitucionalmente en el artículo 94, constituye una garantía especializada que protege el derecho a la información, a la privacidad y a la honra. Las demandas de hábeas data pueden ser conocidas por cualquier juez o tribunal de primera instancia, y únicamente cuando la resolución de estos ha sido negativa, se puede recurrir ante el Tribunal Constitucional.

Por último, el hábeas corpus ha sido incorporado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como la garantía de la libertad física. El conocimiento del recurso de hábeas corpus compete al Alcalde, de cuya resolución se puede apelar ante el Tribunal Constitucional únicamente cuando el recurso ha sido negado, lo anterior en términos del artículo 93 constitucional.

#### **4. PROPUESTA DE REFORMA A LOS ARTÍCULOS 89 FRACCIÓN X, 104, 105, 120 Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

Como prefacio al presente capítulo, me permito citar el comentario de Jorge Carpizo referente a la realidad constitucional y de este documento de vital importancia para la vida jurídica, política y democrática de nuestro país al señalar que:

“la realidad es dinámica y se modifica de acuerdo con las necesidades y las aspiraciones de un pueblo. La Constitución escrita debe irse reformando en concordancia con los cambios de esa realidad. Si no fuera así, llegaría a tener el valor de una hoja de papel, según conocida expresión de Lassalle. Luego, la Constitución tiene que cambiar.”

Las aportaciones Kelsenianas al respecto de la justicia constitucional (“*La garantie jurisdictionnelle de la Constitution*”) tendrían efectos determinantes en la protección procesal de las garantías constitucionales en Europa. En nuestro país no podemos dejar de lado la visión del eminente jurista Héctor Fix Zamudio, quien ha elevado a los más altos niveles el estudio del Derecho Procesal Constitucional cuya finalidad es el análisis de las garantías constitucionales como los instrumentos procesales dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando éste ha sido desconocido o violado por los órganos de poder.

La propuesta que consideramos es la más saludable al respecto de la aplicación de tratados en el orden jurídico internacional, se centra en la reforma a los dispositivos de celebración de los tratados internacionales signados por nuestro país, a efecto de que los tres poderes, compartan la responsabilidad de celebración de los citados dispositivos internacionales, en este orden de ideas, la proposición global que se desglosa a continuación es que los tratados sean celebrados previa consulta que al respecto de la constitucionalidad de los mismos se haga a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a efecto de lograr el fortalecimiento del Constitucionalismo, lo que provocará el respeto irrestricto al orden constitucional, y a este respecto, permítaseme citar las palabras del ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el informe anual de actividades 2005, al afirmar que la Corte por elemental congruencia debe ser el órgano constituido encargado de la preservación del orden constitucional.

##### **4.1. REFORMA AL ARTÍCULO 89, FRACCIÓN X CONSTITUCIONAL.**

El texto actual de la fracción X del artículo 89 constitucional, establece dentro de las facultades y obligaciones del Presidente de la república la celebración de Tratados Internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado.

Esta norma deberá, por virtud de la reforma propuesta, sufrir un cambio a efecto de, como se dijo con antelación, positivizar ya no sólo política, sino jurídicamente, el texto de nuestra carta magna, para efecto de lo cual se procede a hacer el estudio y propuesta de reforma del numeral correspondiente.

#### 4.1.1. MARCO TEÓRICO.

Kelsen declara que el derecho regula su propia creación, es decir, una norma da pauta a la creación de otra. En esta tesitura la unidad del orden jurídico se manifiesta precisamente en que la validez de una norma se encuentra en que fue creada de acuerdo con el proceso determinado en otra de escaño superior.

Así las cosas, el artículo 89 constitucional al establecer dentro de su fracción X, la celebración de tratados internacionales por parte del Presidente de la República, con aprobación del Senado, efectivamente es una norma superior “la norma máxima” que regula la celebración de tratados, sin embargo esta norma crea un procedimiento que deja de lado lo jurídico y se enfoca en un sistema de celebración de tratados que la doctrina reconoce como político.

Reconoce este sustentante el hecho de que el sistema de que se viene hablando es establecido por el orden normativo máximo de nuestro país; sin embargo, se reconoce igualmente el hecho de que un control en el que participan dos órganos de carácter político representativo, es únicamente un control político, pues muy a pesar del hecho de que estos órganos se encuentren obligados a acatar y respetar nuestra Constitución, es claro el hecho de que los mismos no son en sí, los intérpretes máximos de nuestra Constitución pues, en un país como México, es el poder Judicial Federal y aun más específicamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el intérprete último de la Ley Fundamental, y a este respecto valga hacer mención de lo señalado en el quinto párrafo del artículo 94 constitucional que al respecto establece:

“Artículo 94.

...

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.”

En esta tesitura, es importante señalar, que un control político, precisamente por el hecho de ser político, representa el riesgo de que los factores determinantes de este entorno en el momento de interpretar la Constitución pueden hacer caer en violaciones a la norma de normas, en actos y resoluciones contrarios a la propia Constitución, lo que reviste importancia porque so pretexto de la interpretación o espíritu de la Constitución, se pueden materializar diversas infracciones a la Ley, un ejemplo de esta situación, se dio en el año de 1962, con el envío del entonces Presidente Adolfo López Mateos al Congreso de un proyecto de reformas constitucionales a los artículos 54 y 63, lo anterior en virtud que en términos de la entonces fracción I (actualmente fracción II) del artículo 54, uno de los requisitos para que un partido político pueda tener derecho a diputados de partido, es que haya obtenido el dos y medio por ciento de la votación total del país en la elección respectiva.

No obstante este hecho, en las elecciones de 1968 y 1970, los partidos de oposición, no alcanzaron el porcentaje señalado, pero si se les reconoció el derecho de tener diputados de partido. En su momento se sostuvo que la finalidad que persiguió esta reforma fue que los partidos políticos estén representados, que no todo responda al mismo pensamiento. Empero, en la exposición de motivos de la reforma fue muy claro al respecto de la obtención del porcentaje señalado, al especificar que:

"Esta condición obedece a la necesidad de impedir que el sistema degenerare en una inútil e inconveniente proliferación de pequeños partidos que no representen corrientes de opinión realmente apreciables por el número de quienes las sustenten... Las corrientes de opinión que no tengan el respaldo de un número suficiente de ciudadanos para hacerlas respetables no tienen, realmente porque estar representadas en el congreso de la unión"

En este orden de ideas es claramente apreciable el hecho de que un sistema de control político tiene la susceptibilidad de sentar acciones en contra de la Constitución.

Así las cosas, encontramos en la actual percepción de la fracción X del artículo 89 constitucional, un sistema de control que considera este sustentante es incompleto, pues el hecho es que los poderes constituidos son tres y a este respecto no parece lógico el hecho de que la defensa de la Constitución se otorgue únicamente a dos de los poderes señalados, atendiendo el hecho de que ni siquiera son estos órganos los encargados de la interpretación última (y consecuente defensa) de la Constitución y a este respecto valga hacer mención del señalamiento que Felipe Tena Ramírez hace en su obra intitulada Derecho Constitucional Mexicano, en la que sostiene que:

"la división de poderes no es meramente un principio doctrinario, logrado de una sola vez y perpetuado inmóvil; sino una institución política, proyectada en la historia

... el poder judicial, no tiene voluntad de autónoma puesto que sus actos no hacen sino esclarecer la voluntad ajena, que es la del legislador contenida en la ley; esta desprovisto también de toda fuerza material. Sin embargo, el poder judicial desempeña en el juicio de amparo funciones especiales, que fundan la conveniencia de darle la categoría de poder, otorgada por la Constitución; mediante ellas, el poder judicial se coloca al mismo nivel de la Constitución, es decir, por encima de los otros dos poderes, a los cuales juzga y limita en nombre de la ley suprema."

No pasa desapercibido para este sustentante el hecho referente a que la facultad otorgada al Presidente en términos de la fracción X del artículo 89 constitucional, es clara consecuencia de la representatividad que el titular del ejecutivo debe de tener como consecuencia de su alta investidura; sin embargo, se reitera el hecho de que muy a pesar del cuerpo jurídico con que cuenta Secretaria de Relaciones Exteriores e inclusive de la propia consejería jurídica del Presidente, las opiniones que estos subordinados den a éste, resultan ser meramente eso, sin constreñir al jefe del ejecutivo a llevar a cabo actos de injerencia en la celebración del tratado que proteja al texto constitucional.

No debemos dejar pasar el hecho de que en un sistema presidencial como el mexicano, el poder ejecutivo goza de facultades muy importantes, pues éste goza, por medios directos o indirectos de la dirección de la política internacional, hacendaría, monetaria y crediticia, educativa, laboral, agraria de seguridad social.

Todas estas atribuciones, como señala Jorge Carpizo, "hacen que el poder ejecutivo sea el más fuerte de los poderes, el verdadero centro de poder del sistema de gobierno."

La implementación de la figura de la consulta con efectos vinculatorios, provocará una actuación efectiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la recepción de acuerdos internacionales. Esta figura existe ya en el orden normativo de nuestro país y un servidor llegó al conocimiento de ella a partir de la realización de consultas de carácter fiscal, las cuales generan derechos a favor de quien las realiza y en contra de las autoridades encargadas de la observancia en el cumplimiento de disposiciones tributarias, entre otras.

De la misma manera se el dispositivo legal a que se alude, establece de manera expresa que las autoridades fiscales no están obligadas a contestar consultas cuando versen sobre la interpretación o aplicación directa de la Constitución Federal y en este punto es del todo útil revisar el análisis que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha hecho al respecto de dicho dispositivo al resolver la litis delimitada como consecuencia del señalamiento referente a las consultas en materia constitucional, en la Jurisprudencia firme y por ende obligatoria 2a./J. 107/2005, en la que sostuvo:

"CONSULTAS FISCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 34, SEGUNDO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 5 DE ENERO DE 2004. El citado precepto establece que "Las autoridades fiscales no resolverán las consultas efectuadas por los particulares cuando las mismas versen sobre la interpretación o aplicación directa de la Constitución.", lo que debe interpretarse en el sentido de que aquéllas no están facultadas para ejercer un control de la constitucionalidad de actos o leyes a propósito de la resolución de consultas fiscales, sin que ello implique que no se encuentren obligadas directamente por el artículo 8o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni que estén impedidas para resolver el fondo de las consultas que versen sobre la aplicación de jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación. Este criterio respeta la intención del legislador, así como el monopolio del referido Poder en el ejercicio del control de la constitucionalidad de la actuación pública, al mismo tiempo que deja a salvo la eficacia normativa y la supremacía de la Ley Fundamental."

El criterio interpretativo previamente inserto da muestra del argumento que se expone y lo sustenta mayormente, atendiendo a que mientras que se dejan a salvo las facultades de las autoridades administrativas para dar contestación a las consultas que en materia fiscal se planteen ante ellas, privilegia el monopolio del Poder Judicial en el ejercicio del control de la constitucionales de la actuación pública (actuación pública entre la cual encontramos también a la celebración de tratados internacionales).

#### 4.1.2. PROPUESTA DE REFORMA.

El texto del artículo 89, fracción X, actualmente es el siguiente:

"Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del senado. En la conducción de tal política, el titular del poder ejecutivo observara los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la

cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.”

En virtud de las consideraciones previamente sustentadas, se procede a proponer la reforma correspondiente al artículo 89 constitucional en su fracción X, en los términos que se exponen a continuación:

“Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

X.- Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado **y previa consulta que al respecto de la conformidad del Tratado con la Constitución, emita el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.** En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.

En el caso de que la Corte emitiera fallo de disconformidad con la Constitución del tratado correspondiente, el ejecutivo deberá negociar la realización de las adecuaciones pertinentes al texto del tratado internacional o, en su caso, proponer la reforma a esta Constitución en los términos que la misma establece.”

#### 4.2. REFORMA AL ARTÍCULO 104, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL.

El artículo de referencia, dispone los asuntos que serán del conocimiento de los tribunales de la Federación, es apreciable de conformidad con el texto constitucional, el hecho de que este numeral comprende únicamente situaciones controversiales, no consultivas, sin embargo para efecto de dar una efectiva aplicación a la reforma propuesta, se propone la modificación del artículo en mención.

Así las cosas, el numeral en estudio dispone:

“Artículo 104. Corresponde a los tribunales de la Federación conocer:

I.- De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables para ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado;

I-B.- De los recursos de revisión que se interpongan contra las resoluciones definitivas de los tribunales de lo contencioso-administrativo a que se refieren la fracción XXIX-H del artículo 73 y fracción IV, inciso e) del artículo 122 de esta Constitución, sólo en los casos que señalen las leyes. Las revisiones, de las cuales conocerán los Tribunales Colegiados de Circuito, se sujetarán a los tramites que la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución fije para la revisión en amparo indirecto, y en contra de las resoluciones que en ellas dicten los Tribunales Colegiados de Circuito no procederá juicio o recurso alguno;

II.- De todas las controversias que versen sobre derecho marítimo;

III.- De aquéllas en que la Federación fuese parte;

IV.- De las controversias y de las acciones a que se refiere el artículo 105, misma que serán del conocimiento exclusivo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;

V.- De las que surjan entre un Estado y uno o más vecinos de otro, y

VI.- De los casos concernientes a miembros del Cuerpo Diplomático y Consular.”

Como se aprecia de la transcripción efectuada, las competencias señaladas en el numeral de referencia responden a una serie de situaciones controversiales, no obstante, se propone la reforma a la fracción IV de dicho numeral a efecto de asentar como asunto del conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la consulta en materia de aplicación de tratados internacionales, en los términos que se exponen a continuación.

#### 4.2.1. MARCO TEÓRICO.

La justicia constitucional mexicana, así nombrada por Jorge Carpizo, se integra por seis garantías, entre las que encontramos, respecto de las consagradas al poder judicial de la federación las siguientes:

- El juicio de amparo consagrado en el artículo 103 constitucional.
- La facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consagrada en el párrafo tercero del artículo 97 constitucional.
- El litigio o conflicto constitucional denominado controversia de constitucionalidad; y
- Las acciones derivadas de la reforma en el año de 1995 al texto del artículo 105 constitucional.

En este contexto, podemos válidamente señalar que el artículo 104 constitucional se encarga únicamente de enumerar ciertas facultades a cargo del Poder Judicial Federal, sin embargo, no todas las facultades de dicho poder se encuentran en el numeral en cuestión, pues el mismo omite, dentro de las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la señalada en el artículo 97 de la Constitución.

No obstante este hecho, la omisión a que se hace referencia parece ser simplemente en atención al carácter “controversial” del numeral en cuestión, al ser el poder judicial quien realiza la función jurisdiccional; es decir, es quien dirime los conflictos que se presentan ante los tribunales. Es quien aplica la ley al caso concreto cuando existe una controversia.

A este respecto sería importante retomar la discusión referente a si el Poder Judicial es en realidad un poder o si es simplemente un departamento del ejecutivo.

Dicha discusión, si bien es de carácter teórico, adquiere importancia en la propuesta de reforma que nos ocupa pues virtud de la misma, se persigue la finalidad de apuntalar al judicial, como un verdadero poder con decisión, que tiene su encargo la vigilancia y protección del orden constitucional.

#### 4.2.2. PROPUESTA DE REFORMA.

Atendiendo a las consideraciones sostenidas con antelación, se propone la reforma correspondiente al artículo 104 constitucional, en su fracción IV, a efecto de que se ha expuesto en los términos que se señalan a continuación:

“Artículo 104

Corresponde a los tribunales de la Federación conocer:

...

IV.- De las controversias y de las acciones a que se refiere el artículo 105, **así como de las consultas referentes a la celebración de tratados internacionales en cuanto a su**

**conformidad con la presente Constitución** mismas que serán del conocimiento exclusivo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

(...)"

#### 4.3. REFORMA AL ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL.

##### 4.3.1. MARCO TEÓRICO.

Las reformas que se han hecho al artículo 105 constitucional han sido de especial importancia y trascendencia para nuestro sistema jurídico de protección de constitucionalidad de actos de autoridad, siguiendo una tendencia europea a efecto de situar a nuestro país en el control concreto de constitucionalidad.

Como se señaló con antelación, la institución de que se trata en lo que se refiere a las controversias constitucionales, dista mucho de ser un instituto jurídico novedoso, pues el mismo se inspiró inclusive en lo dispuesto por el artículo III, sección segunda, fracciones I y II, de la Constitución de los Estados Unidos de América, para ubicarla en el artículo 137 de nuestra Constitución de 1824, para ya no desaparecer en las Constituciones de 1857 y 1917, en esta última conforme a lo dispuesto por los artículos 104 y 105 de nuestra actual Constitución.

La finalidad propia del artículo de cuenta era garantizar el equilibrio de las facultades de la Federación y de las entidades federativas señaladas en la Constitución Federal, no obstante, la aplicación de dicho precepto hasta antes de la reforma de 1994, había sido mínima, en virtud de la hegemonía del Partido Revolucionario Institucional en la Presidencia de la República y el dominio de éste en el legislativo, así como en las entidades federativas.

Así las cosas, además de la reforma de 1993 en la que se incluye al Distrito Federal como ente legitimado para la interposición de controversias constitucionales, no fue sino hasta el año de 1994 cuando se materializó una reforma que cambiaría el rumbo de la justicia constitucional en nuestro país, pues aunado al hecho de que se ampliaron las causas de procedencia de la controversia constitucional, se agregó además una fracción II, al artículo de mérito regulando la acción abstracta de inconstitucionalidad, provocando asimismo la expedición de la Ley Reglamentaria correspondiente, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de mayo de 1995.

Mediante las reformas al artículo 105 constitucional, se incrementaron las hipótesis de las controversias constitucionales bajo la competencia de nuestra Suprema Corte; aunado a lo anterior, antes de la reforma al numeral en comento, las controversias constitucionales tuvieron una escasa importancia práctica, la cual a la fecha ha venido evolucionando y mostrando su importancia

De esta manera, las controversias constitucionales encontraron en primer término y como se señaló con antelación, la ampliación de los supuestos de procedencia del mismo centrando los mismos en tres puntos fundamentales:<sup>1</sup>

- Conflicto entre diversos órdenes de gobierno con motivo de la constitucionalidad o legalidad de una norma general o de un acto;

<sup>1</sup> COSSÍO DÍAZ, José Ramón, ARTÍCULO 105. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA, Porrúa-UNAM, 9ª ed. t. II, México 1997, pp. 1059 y 1060.

- Conflicto entre los diversos órdenes de gobierno con motivo de la inconstitucionalidad o ilegalidad de normas generales o de actos; y
- Conflictos generados entre dos o más órganos pertenecientes a un mismo orden de gobierno, en el caso de que se plantee únicamente la constitucionalidad de las normas generales o de los actos entre dos poderes de un estado, de un estado y uno de sus municipios o entre dos órganos del Distrito Federal.

Únicamente se establecería la improcedencia en la impugnación de normas electorales, por virtud del temor de la “politización de la justicia”, sin embargo, la mayor explicitud del artículo en estudio, así como los tiempos en los que vivimos actualmente, ha hecho que la figura jurídica contenida en la fracción primera del artículo 105 constitucional sea mayormente utilizada por los órganos legitimados al efecto, lo que ha enriquecido aún más el estudio al respecto de este medio de control constitucional y sus efectos en el orden jurídico nacional.

Aunado a la controversia constitucional, se estableció de igual manera la acción de inconstitucionalidad, en términos de la fracción II, del artículo 105 constitucional, estableciendo una acción de carácter abstracto conforme a la cual se posibilita la anulación de normas generales mediante una sentencia con esos mismos efectos, de acuerdo con los supuestos establecidos en la ley reglamentaria correspondiente.

Así pues, se establece la posibilidad de plantear ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación la posible contradicción entre una norma de carácter general, ya sean leyes federales o locales (incluidas las leyes electorales a partir de la reforma de 1996), o tratados internacionales, y la Constitución Federal.

Este tipo de control determina la existencia del control abstracto de constitucionalidad, ya que al tener por objeto defender la regularidad constitucional, no exige la existencia de agravio alguno ni de un interés jurídico específico.

No obstante, retomando las palabras de Juventino V. Castro, las reformas aludidas, representan únicamente un comienzo hacia el real posicionamiento del Poder Judicial de la Federación como par real de los otros dos poderes de la unión, y es precisamente por ello que se propone la reforma correspondiente al artículo 105 de nuestra Carta Magna, a efecto de incluir el análisis por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de la constitucionalidad de los tratados internacionales, previo a la celebración de los mismos, misma que se sustenta a continuación.

Como se ha venido señalando a lo largo del presente trabajo de tesis la existencia de tres poderes como órganos constituidos por parte de nuestra Ley Fundamental a efecto de que éstos se encarguen de velar por la aplicación de la propia Constitución, requiere de que dichos poderes cuenten con facultades, de acuerdo con la naturaleza de los mismos, a efecto de brindar real protección al sistema constitucional de nuestro país.

No nos encontramos ya en el contexto histórico conforme al cual los tribunales eran tomados como un órgano dependiente del soberano, hablando de éste como su similar en nuestros tiempos, a decir, el Ejecutivo, pues de hecho depende efectivamente del único órgano soberano que existe en nuestro país, o debería decir, soberana: LA CONSTITUCIÓN.

Es de enfatizarse el hecho de que la existencia de tres poderes a efecto de que lleven a cabo la dirección del Estado no es un mero capricho de Juan Jacobo Rousseau, o de nuestros constituyentes, pues precisamente es este el sistema que hemos elegido para llegar a ser una nación que respete, antes que nada, sus propios principios, siendo la máxima expresión de éstos, nuestra Constitución.

Es posible que ciertos doctrinarios pudieran alegar el hecho de que la revisión constitucional de tratados internacionales ya se ha encargado a los órganos competentes para tal efecto en virtud de ser éstos los representantes tanto de la nación como de las entidades federativas que conforman a ésta, sin embargo, es importante señalar de igual manera que nuestro constituyente originario no tomó en cuenta el hecho de que los tratados internacionales llegaren a tener la importancia que tienen en la actualidad, en donde de igual manera se afecta a los ciudadanos quienes ahora son sujetos de nuevas obligaciones y titulares de nuevos derechos por virtud de la celebración de tratados internacionales, ciudadanos que son garantes de las disposiciones constitucionales, siendo el órgano encargado de la defensa de la Constitución el Poder Judicial de la Federación y, en específico, la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En efecto, la aplicación de disposiciones normativas internacionales no puede ni debe de ir más allá de lo ordenado por la Constitución por lo que la calificación de viabilidad en la celebración de dichos dispositivos debe de ser hecha por un órgano cuyas funciones sean precisamente jurídicas y de defensa del orden constitucional.

El papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como órgano defensor del orden constitucional, debe así, ser ponderado por parte del constituyente permanente, quien debe reconocer el hecho de que nuestra Nación se ha quedado al margen de las demás naciones del orbe en la regulación del control constitucional de que se viene hablando, situación inadmisibles e impostergable cuya reforma se propone en el siguiente apartado.

#### 4.3.2. PROPUESTA DE REFORMA.

Tomando en cuenta la existencia de zonas en las que nuestro Poder Judicial no puede actuar, es decir, que escapan al control jurisdiccional, es que resulta trascendental que nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación pueda llevar a cabo el control de dichos actos, en aras de la consecución del Estado de Derecho, pues claro es el hecho de que cuando existen actos que escapan al control jurisdiccional, no podemos hablar de un Estado de Derecho y al respecto, me permito citar al tratadista Guillermo O'Donnell,<sup>2</sup> quien señala que un Estado con estas características debe sancionar y garantizar los derechos participativos, las libertades políticas y las garantías del régimen democrático; sancionar y garantizar los derechos civiles de toda la población; establecer las reglas de control de legalidad de los actos de todos los agentes públicos y privados, incluyendo a los funcionarios gubernamentales de mayor jerarquía.

La tendencia mundial de consagración en las cortes constitucionales respecto de la función de control de constitucionalidad, no debe pasar desapercibida para nuestro sistema judicial. La reforma al Poder Judicial llevada a cabo en el año de 1995, fue una reforma efectivamente sustancial, ya que modificó su estructura orgánica, funcionamiento y ámbito competencial.

---

<sup>2</sup> O'DONNELL, Guillermo. DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO, Nexos, 325 (enero de 2005) pp. 19-27.

De esta guisa, de acuerdo con las ideas previamente expuestas, se propone la reforma correspondiente al artículo 105 constitucional en los términos que se exponen a continuación.

Actualmente nuestro artículo 105 constitucional se encuentra redactado en los siguientes términos:

“Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre:

(...)

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

(...)

La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.

Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

III. De oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Unitario de Circuito o del Procurador General de la República, podrá conocer de los recursos de apelación en contra de sentencias de Jueces de Distrito dictadas en aquellos procesos en que la Federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.

En caso de incumplimiento de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo se aplicarán, en lo conducente, los procedimientos establecidos en los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de esta Constitución.”

En este orden de ideas, se propone la inclusión de la fracción IV al numeral de cuenta a efecto de que se estatuya la obligación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto del estudio de viabilidad constitucional de los tratados internacionales previo a la ratificación del mismo y en última instancia, para quedar de la siguiente manera:

**“IV. Asimismo la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá de las consultas que le sean formuladas al respecto de la viabilidad en la ratificación de tratados internacionales y convenciones internacionales por parte del Estado mexicano.”**

**La formulación de dicha consulta deberá ser posterior al análisis que al respecto haga la Cámara de Senadores en términos de lo dispuesto por el artículo 76, fracción I, de esta Constitución, para efecto de lo cual el Senado deberá remitir el proyecto respectivo con los comentarios que le merezca el dispositivo internacional correspondiente.**

**La consulta así efectuada y resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tendrá efectos vinculatorios respecto de lo resuelto en la misma.**

**Sin la anuencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto al análisis de constitucionalidad del instrumento internacional puesto a su consideración no podrá ratificarse el mismo. Para tal efecto, el Pleno dispondrá de un plazo de treinta días para emitir la resolución a la consulta formulada en el que deberá de señalar los elementos analizados y, en su caso, el señalamiento de aquellos que no concuerden con el texto constitucional.”**

Como se aprecia de la propuesta de reforma que antecede, el Senado tendrá la facultad de hacer los comentarios que considere pertinentes a efecto de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación los tome en cuenta al momento de emitir la resolución que corresponda, obligando al Presidente de la República asimismo a no llevar a cabo la ratificación correspondiente sin la anuencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De esta manera, el análisis de la norma en cuestión se hará por parte de los tres poderes de la unión, preservando el equilibrio constitucional, así como el propio orden constitucional rector en nuestra Nación.

#### 4.4. REFORMA AL ARTÍCULO 120 CONSTITUCIONAL.

##### 4.4.1. MARCO TEÓRICO.

La conformación del Estado Mexicano en una república federal representativa de cada una de las entidades que la compone, encuentra su sustento, entre diversos artículos de la Constitución, como lo son el 2, en diversas partes del mismo, 3, 5, 18, 21, 27, 40 y, para efectos del presente análisis, el 120 constitucional, entre otros. Este numeral como se dijo, tiene en sí la naturaleza del Estado Mexicano, como lo es el compromiso de las entidades federativas de acatar las disposiciones que ha instaurado la Unión para el gobierno de la misma, disposiciones entre las cuales encontramos a los acuerdos internacionales.

En efecto, en términos del artículo 89, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, previamente analizado, se establece la procedencia en la celebración de Tratados Internacionales por parte del Jefe del Ejecutivo, el cual tiene esta exclusiva facultad como Jefe del Estado mexicano y Jefe de Gobierno; asimismo, en términos del artículo 117 de nuestra Constitución, se dispone el hecho de que a las entidades federativas no les es dado celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado ni con las Potencias extranjeras, de esta manera, se puntualiza la exclusividad del Jefe del Ejecutivo federal como órgano, o mejor dicho, como el único que puede celebrar tratados internacionales, con el análisis y aprobación de un Senado que a la fecha ha aceptado la celebración de todos y cada uno de los acuerdos de este carácter celebrados por el Estado Mexicano, numerales que concatenados con el estudio del artículo 124 constitucional, refuerzan la posición de un único funcionario capaz de celebrar este tipo de actos, el Presidente de la República.

Luego entonces, tenemos que la conformación del Estado mexicano obliga a las entidades federativas al acatamiento de las leyes federales, lo cual se aprecia de la lectura del artículo 120 Constitucional, el cual dispone:

“Artículo 120. Los Gobernadores de los Estados están obligados a publicar y hacer cumplir las leyes federales.”

Este dispositivo constitucional guarda una congruencia respecto de la conformación de que se viene hablando, no podríamos hablar de una unión real si ésta se negara a acatar las disposiciones que en consenso han sido establecidas con la finalidad de regir las acciones de la misma, sin obstar el hecho de que nuestro Estado, al ser una Federación y como tal, aún guarda un cierto aire a un Estado central, en el que la Federación es la que está destinada a ser la poderosa y las entidades federativas a darle vida a ésta, hecho que genera otra substancial diferencia respecto de nuestros vecinos del norte, por ser el ejemplo más cercano que tenemos, en el que las entidades federativas guardan para sí y les es reconocido además en las controversias que se suscitan ante el Poder Judicial Federal, una diversidad de facultades que hace de las mismos, entidades fuertes con capacidad de autosuficiencia en muchos más casos que en el de las entidades federativas mexicanas.

Así pues, tomando en cuenta el hecho de que la entidad federativa se encuentra lógicamente supeditada a las disposiciones federales en las materias que la Constitución dispone en diversos numerales, como lo son el 27, 28, 33, 73, 74, 76 y 121, y en un estudio concatenado de las disposiciones constitucionales, así como de los más recientes criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, encontramos que los tratados internacionales en un Estado como el nuestro, obligan también a las entidades federativas a su acatamiento en las materias reguladas por éstos, más aún en un sistema de orden global en el que las entidades federativas para la comunidad internacional son inexistentes, por lo menos en lo referente al acatamiento de los diversos dispositivos internacionales.

Así pues, el establecimiento constitucional de las obligaciones de las entidades federativas es una reforma que no puede obviarse en el tema de tesis que nos ocupa, pues claro es el hecho de que debe de ser la Constitución, la primera que obligue a la entidad y garantice al ciudadano, el acatamiento de los dispositivos internacionales que estén de acuerdo con la propia Constitución, conforme a las propuestas de reforma que se hacen en el presente capítulo.

#### 4.4.2. PROPUESTA DE REFORMA.

En este orden de ideas, se propone la reforma al artículo 120 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomando en cuenta que la reforma que se propone busca que las entidades federativas acaten, además de las disposiciones federales, la normatividad internacional en los términos que se exponen a continuación:

“Artículo 120. Los Gobernadores de los Estados están obligados a publicar y hacer cumplir las leyes federales **y los Tratados Internacionales que celebre el Estado mexicano de acuerdo con el procedimiento establecido en esta Constitución.**”

Esta reforma, como se dijo, brindará certeza para las entidades integrantes de la Federación y sus ciudadanos al respecto de la procedencia en el acatamiento de los dispositivos internacionales, obligando además a un estudio más específico por parte de los órganos de gobierno de las entidades federativas y los ciudadanos interesados en hacer valer sus derechos ante las autoridades locales y federales, lo que además se logrará con la publicación del texto del Tratado Internacional, acción que propugna por la publicidad en la celebración de este tipo de acuerdos.

#### 4.5. REFORMA AL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

##### 4.5.1. MARCO TEÓRICO.

Llegamos con este punto a la culminación de una serie de reformas propuestas en el orden internacional establecido en nuestra Constitución a efecto de hacer a ésta acorde con los tiempos en que vivimos, pero no subsumiendo a nuestro país ante dichos tiempos, sino a las condiciones internacionales ante un régimen constitucional fortalecido en el que cada uno de los representantes del Estado sean coparticipes y por ende responsables, de salvaguardar el orden constitucional.

Así pues, no obstante el hecho de que el artículo 133 constitucional ha ocupado diversos puntos del estudio que nos ocupa, no está demás el análisis de los principios que contiene y de aquellos que deberá acatar con la implementación de las reformas que se proponen.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 constitucional, encontramos que el mismo dispone ciertos principios que incluso la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido, no constituyen garantía individual alguna. Dentro de estas máximas podemos encontrar los principios de supremacía constitucional y orden jerárquico normativo, principios por virtud de los cuales se establecen, como supremas, a la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma.

De lo hasta aquí expuesto, destaca el hecho de que la Ley Suprema dispone cuáles son las normas máximas de la Unión, sin embargo, en este numeral no se establece efectivamente un orden normativo o de equivalencia de valores conforme al cual podamos señalar que tal o cual norma es superior a la otra, por lo menos en lo que se refiere a las leyes federales y los tratados internacionales, los cuales, al tener que ser acordes con la Constitución, se encuentran por debajo de ésta, no obstante el hecho de que en un sistema constitucional y jurídico como el nuestro nos encontramos con el hecho de que una norma inconstitucional puede ser impunemente aplicada a los ciudadanos de nuestro país por el hecho de que no la impugnaron o de que habiéndola impugnado, no tuvieron la pericia de hacer ver al juzgador la inconstitucionalidad de la norma, hecho que más bien sería materia de otro tema de tesis y que inclusive se encuentra contenido en la reforma propuesta a la Ley de Amparo.

Así pues, volviendo al tema que nos ocupa, encontramos que la Primera Sala de nuestro máximo tribunal, ha tenido a bien pronunciarse al respecto de la naturaleza jurídica del artículo 133 constitucional, ¿qué es?, ¿para qué nos sirve?, ¿porqué fue puesto por el constituyente en ese lugar?

En primer lugar, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostuvo el hecho de que la Constitución era norma máxima de la Nación precisamente por el hecho de que de ella debían desprenderse todas las demás leyes y, asimismo, con el hecho de que los dispositivos internacionales debían de ser acordes con ella, por virtud de lo cual dicho numeral consagra los principios previamente señalados.

No obstante este hecho, la Ministro ponente Olga Sánchez Cordero señaló al resolver el amparo en revisión promovido por Francisco Tomás Ramírez en los autos del expediente 2119/99, que este numeral no consagraba garantía constitucional alguna, criterio con el que difiere este sustentante, pues

que mayor garantía que la de conocer el hecho de que en nuestro país no hay norma alguna que sea superior a la Constitución.

Siguiendo en el análisis de la norma en cuestión a la luz del criterio que se revisa, señala la ponente del caso en cuestión que el hecho de que se establezca la supremacía de la Constitución por encima de cualquier otro dispositivo normativo en nuestro país, éste, a diferencia de su par en la Constitución de los Estados Unidos de América del cual es una copia, no da sustento a los jueces de las entidades federativas para desaplicar una norma contraria al texto constitucional, para efectos de ser más precisos en el estudio que se lleva a cabo, recordemos que el artículo 133 constitucional dispone el arreglo de los jueces de cada Estado a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Así pues, tenemos que nuestro artículo 133 constitucional no es lo que es, o aún con mayor sarcasmo y al respecto pido una disculpa por el empleo de esta figura literaria, no dice lo que dice, en un criterio que ubica a nuestro artículo 133 constitucional como un mero artículo ornamental que señala la Supremacía de nuestra Constitución, pero no la hace aplicable.

Es importante el paréntesis que se ha hecho al respecto de la interpretación del numeral constitucional a que se hace referencia pues no debemos dejar de lado el hecho de que el análisis al mismo conlleva la obligación de proponer una nueva forma de ver y valorar a este numeral, hecho lo cual, procedo con la propuesta de reforma que nos ocupa.

Así pues, siendo la propuesta de este trabajo la proposición e implementación de reformas constitucionales cuya finalidad no sea la de adornar a nuestra Constitución, considero pertinente que el dispositivo constitucional aludido contenga la mención expresa referente al procedimiento de celebración de tratados internacionales y conforme al cual se obligue a los integrantes del Estado mexicano al estricto acatamiento de estos dispositivos como Ley Suprema de la Unión.

#### 4.5.2. PROPUESTA DE REFORMA.

En este orden de ideas, de acuerdo con la exposición del artículo cuya reforma se propone, encontramos que el mismo actualmente se encuentra redactado en los siguientes términos:

“Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

Así las cosas, de acuerdo con la lectura del artículo 133 constitucional encontramos que en el mismo se encuentra contenido el procedimiento constitucionalmente establecido de celebración de tratados internacionales, en virtud de lo cual se propone la reforma correspondiente a efecto de que dicho numeral quede redactado de la siguiente manera:

“Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado **y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado

se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

La finalidad de la reforma propuesta radica en el hecho elemental de que tendríamos un nuevo órgano imbuido en el procedimiento de celebración de tratados internacionales, con lo que se afianzaría el control que sobre éstos, lleva a cabo el Estado mexicano.

## CONCLUSIONES.

1. Los antecedentes que dieron lugar al establecimiento del artículo 133 constitucional son demostrativos del poco interés que el constituyente originario puso al respecto de la implementación de un sistema de supremacía constitucional en el que si bien se ha establecido un sistema de gobierno republicano y democrático dividido para su ejercicio en tres poderes, uno de ellos no ha sido tomado en cuenta con la valía real que debe de tener el mismo, el Poder Judicial, éste se ha convertido, aunque resulte duro el señalamiento, en un instrumento de limpieza respecto de los actos llevados a cabo por los otros dos poderes, no un real órgano encargado de velar por el orden constitucional, no un Tribunal Constitucional como así ha dispuesto llamarse nuestra actual Suprema Corte de Justicia de la Nación; sin embargo, no es culpa únicamente del Poder Judicial la situación en la que se encuentra, en la que no podemos señalar que sea un real Tribunal Constitucional, opinión que se comparte inclusive en la obra del ex ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Juventino V. Castro "El artículo 105 constitucional", de la cual se ha hecho la previa referencia, pues es en las manos del constituyente permanente, así como del legislador ordinario, en las que se encuentra la posibilidad de brindar al Poder Judicial un carácter real de equilibrio entre las acciones de los otros dos poderes, con base en el texto de nuestra Constitución.

2. Considera este sustentante que no puede haber mejor ejemplificación para un país que el de las condiciones con base en las cuales se desarrolla una empresa, con un órgano representativo de la misma, un órgano decisorio y un órgano de vigilancia real, el cual, debe de actuar como freno real a las acciones de los otros dos poderes, de lo contrario, estaríamos negando la naturaleza y finalidad de esta división, que ha sido ejemplificada por muchos como un triángulo en el que cada uno de los poderes ocupa un lugar, no obstante, es importante señalar que para fines prácticos, ninguno de los poderes puede ni debe ubicarse por encima del otro, actualmente nos encontramos con un triángulo invertido en el que el Poder Judicial de la Federación, si bien a últimas fechas ha sido investido de algunas novedosas facultades (y otras no tanto), sigue ocupando el ángulo inferior al no poder llevar a cabo un real control de constitucionalidad de los actos efectuados por los otros dos poderes, cuando el modelo real de división de poderes no puede sino representarse por una línea recta en la que cada uno, de acuerdo a su especial naturaleza, debe de velar por el cumplimiento de las facultades constitucionalmente otorgadas.

3. La teoría del ilustre científico del derecho Hans Kelsen, que se vio asombrado al igual que el francés Alexis de Tocqueville, con la implementación de constituciones escritas con base en las cuales se estableció el principio de Supremacía Constitucional como consecuencia de la formalidad de éstas, ha sido base en el establecimiento de órganos encargados de velar efectivamente por el cumplimiento del orden constitucional, teoría que debe de ser retomada a efecto de dar al Poder Judicial de la Federación, las facultades que le son propias por la naturaleza del mismo, el de un órgano que se encargue efectivamente de vigilar y velar por el cumplimiento del mandato constitucional.

4. La calidad de ciudadano, es también una garantía constitucional con base en la cual debe de permitirse a éste disfrutar en primer término de un orden constitucional al que se brinde absoluto respeto, es importante retomar el análisis del artículo 133 constitucional a fin de que el mismo garantice la aplicación por encima de todo, e incluso de los tratados internacionales, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

5. Indudablemente no se propone la implementación de un sistema de control difuso de constitucionalidad, además de no ser ésta la finalidad del presente trabajo de tesis, pero si se propone en cambio, el hecho de que nuestro órgano jurisdiccional supremo entre en el análisis de constitucionalidad, por principio de cuentas, de uno de los actos en los que se ha visto desprovisto de facultades reales y positivas, como lo es, la celebración de tratados internacionales, facultad que no corresponde a una dádiva graciosa para este poder, pues, como se ha sustentado a lo largo del presente trabajo de tesis, sólo se estaría reconociendo el carácter de órgano constitucional que tiene la instancia jurisdiccional más alta en nuestro país. No debemos dejar de entender que en nuestro país existen tres poderes, no dos; no es el Judicial un mero intendente en nuestro país, sino un verdadero poder. Asimismo, si bien es cierto cada uno de los poderes tiene sus propias facultades constitucionalmente delimitadas, no menos cierto es el hecho de que la existencia de dichos poderes gira y debe de girar en torno a la Constitución y con base en el absoluto acatamiento de la misma.

6. La celebración de tratados internacionales por parte de nuestro país debe de responder a los intereses del mismo, de todos y cada uno de los ciudadanos que, a la larga, estaremos igualmente sujetos a los efectos del tratado internacional de manera directa o indirecta, tanto a nuevos derechos, como a obligaciones y la mejor manera de que dichos instrumentos se adecuen a la realidad constitucional de nuestro país, es mediante la participación de cada uno de los poderes de la Unión en la celebración de tales instrumentos internacionales, a efecto de que nos obliguemos únicamente al cumplimiento de normas que sean acordes con la Constitución o, en su caso, que se propongan las reformas constitucionales pertinentes, que permitan a los Congresos de las entidades federativas el conocimiento de los efectos que tendrá la implementación del tratado internacional en el orden jurídico interno.

7. La implementación de la consulta como figura de índole constitucional, si bien resulta innovadora en lo atinente a la materia señalada, no es desconocida para el régimen legal mexicano, teniendo como referencia la contenida en el artículo 34 del Código Fiscal de la Federación, respecto de la cual por cierto las autoridades fiscales no están obligadas a contestar consultas efectuadas por los particulares cuando versen sobre la interpretación o aplicación directa de la Constitución. En virtud de lo anterior es viable el establecimiento de dicha figura con efectos vinculatorios en nuestro texto constitucional a fin de implementar la reforma propuesta.

8. Finalmente, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación requiere la implementación de reformas que hagan de ésta, la representación de un verdadero poder que sirva de balanza, sobre la base de la Constitución, para el ejercicio del poder en nuestro país. La reforma propuesta responde a una de las necesidades que la propia Corte ha reconocido durante largo tiempo y basta al respecto el botón de muestra contenido en la publicación "COMPROMISO", número 52, editado por el Poder Judicial de la Federación, en la que, dentro de las propuestas efectuadas por dicho poder, se señala la de reformar la manera en que se suscriben los dichos acuerdos internacionales por parte del Estado mexicano.

BIBLIOGRAFÍA.

1. ARAGÓN REYES, Manuel. ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Centro de Estudios Constitucionales, México, 1998; pp. 440.
2. ARTEAGA NAVA, Elisur, DERECHO CONSTITUCIONAL. t. I, 2a. ed., México, Oxford University Press, 1999; pp. 937.
3. AYALA CORAO, Carlos M. LA JERARQUIA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., Guanajuato, México, 2003; pp. 147
4. CARBONELL, Miguel. Cruz Barney, Oscar y Pérez Portilla, Karla (compiladores), CONSTITUCIONES HISTÓRICAS DE MÉXICO. Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2002; pp. 556.
5. CASTAGNO, Antonio. CONTROL PREVIO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES (LEXIS NEXIS). Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999; pp. 158.
6. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.) DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. 4ª ed. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, editorial Porrúa, México, 2003, t. I, II, III y IV; pp. 1840.
7. FERRERÉS COMELLA, Víctor. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA. Editorial Centro de Estudios Constitucionales, México, 1997; pp. 307.
8. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. LA CONSTITUCION COMO NORMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Editorial Civitas, Madrid, España, 1994; pp. 264.
9. GARCÍA PELAYO, Manuel. DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO. 2ª ed., Editorial Alianza, México, 2000, pp. 636.
10. GONZÁLEZ RIVAS, Juan José. ANALISIS DE LOS SISTEMAS DE JURISDICCION CONSTITUCIONAL. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, México, 2001; pp. 351.
11. GROPPPI, Tania. CELOTTO, Alfonso y coautores. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EUROPA. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., Guanajuato, México. 2004; pp. 204.
12. GUERRERO VERDEJO, Sergio. DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO TRATADOS. Editorial Plaza y Valdés, Editores, México, 2004; pp. 284.
13. P.P. CRAIG, ADMINISTRATIVE LAW. 5a. ed., Londres, Inglaterra, Editorial Thomson, Sweet & Maxwell, 2003.

14. REMIRO BROTONS, Antonio. DERECHO INTERNACIONAL. TRATADOS Y OTROS DOCUMENTOS. 2ª ed. Editorial Mc Graw Hill, México. 2001; pp. 1508.
15. TRAVIESO, Juan Antonio. TRATADOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998; pp. 940.
16. VILLARROEL VILLARROEL, Dario. DERECHO DE LOS TRATADOS EN LAS CONSTITUCIONES DE AMERICA. Editorial Porrúa, México, 2004; pp. 596.

## LEGISLACIÓN.

### LEYES HISTÓRICAS.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos. (4 de octubre de 1824)  
Leyes Constitucionales. (30 de diciembre de 1836)  
Bases Orgánicas de la República Mexicana. (12 de junio de 1843)  
Acta Constitutiva y de Reformas Sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos. (21 de mayo de 1847)  
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (5 de febrero de 1917 y reformas)

### LEGISLACIÓN NACIONAL.

Ley de Amparo.  
Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.  
Ley Reglamentaria del Artículo 105 constitucional.  
Ley sobre Celebración de Tratados.  
Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica.  
Semana Judicial de la Federación (7ª y 8ª épocas) y su Gaceta (9ª época).

### TRATADOS INTERNACIONALES.

Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados.  
Tratado para evitar la Doble Tributación entre México y Estados Unidos.  
Convenio de Adhesión a la Corte Penal Internacional.

### LEGISLACIÓN EXTRANJERA.

Constitución de Austria.  
Constitución Española.  
Constitución Francesa.  
Constitución de Alemania.  
Constitución Chilena.  
Constitución Guatemalteca.  
Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (España)  
Ley Orgánica del Poder Judicial (España)  
Convención Europea de Derechos Humanos.  
Tratado de Maastricht.  
Sentencia Marbury vs Madison  
Sentencia Rol No. 346 (Chile)  
Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (Guatemala)

## Páginas de Internet.

1. <http://www.scjn.gob.mx>
2. <http://www.sre.gob.mx>
3. <http://www.senado.gob.mx>
4. <http://www.todoelderecho.com.mx>
5. <http://www.geocities.com/imagice/arti0504.htm>
6. <http://www.tribunalconstitucional.es>
7. <http://www.infojuridicas.unam.mx/publica/>
8. <http://www.europa.eu.int/eur-lex/lex>
9. <http://www.líneajurídica.com>

## Bibliografía complementaria.

1. Salinas de Gortari, Carlos. MÉXICO. UN PASO DIFÍCIL HACIA LA MODERNIDAD. Editorial Plaza & Janes editores, S.A. México, 2000; pp. 1373.
2. Heller, Hermann. TEORÍA DEL ESTADO. Décimo cuarta reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México, 1992; pp. 398.