



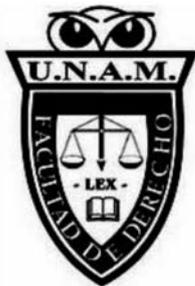
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**ACCIÓN PREVENTIVA EN CONTRA DE LOS TRATADOS
INTERNACIONALES CONTRARIOS A LA CONSTITUCIÓN**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARIBEL CASTILLO HERNÁNDEZ

**ASESOR DE TESIS:
DR. MIGUEL COVIÁN ANDRADE**



MÉXICO D.F.

ENERO 2008



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

A Dios, por ser el motor de mi vida y la paz de mi alma.

A mis padres: Adolfo Luis Castillo Hernández y Lina Hernández Hernández, por darme la vida, por enseñarme el camino de la superación constante, por estar a mi lado en todo momento, por brindarme su confianza y apoyo incondicional.

A mi Abuelita Leonor[†] y a mi Tío Isauro[†] por brindarme el amor mas puro e incondicional que he conocido, porque siempre los llevo en mi corazón.

A mis Hermanos: Silvia, Martín, Amparo, Héctor y Rogelio, por ser el mayor tesoro que la vida me ha dado.

A mis sobrinos: Luis Fernando, Amilcar, Luis Enrique, Erick, Cinthia, Aldo, Jesús, Karen y Paola, por regalarme la ternura de sus sonrisas.

A la Universidad Nacional Autónoma de México: por ser mi Alma Mater, quien me enseñó el camino infinito del conocimiento y quien me impulsa a seguir adelante día con día.

Al Doctor Miguel Covián Andrade: por darme la oportunidad de ser su alumna, por despertar en mi persona el interés por el estudio de la Ciencia Constitucional, por compartir conmigo su conocimiento, por ser una persona tan humana, ética y profesional.

A mis amigos: quienes conocen todos mis sueños e ilusiones, me han demostrado su amistad sincera y honesta, me han regalado el milagro de la amistad, gracias por creer en mi y hacer posible la terminación de este ensayo.

A todos aquellos que tiene un sueño por cumplir y luchan por conseguirlo.

ÍNDICE

Introducción.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO 1

CONCEPTOS GENERALES

1.1. Constitución.....	1
1.1.1. Concepto Etimológico.....	1
1.1.2. Concepto Gramatical.....	1
1.1.3. Constitución Material.....	2
1.1.4. Constitución Formal.....	3
1.1.5. Concepto de Constitución de Hans Kelsen.....	3
1.1.6. Concepto de Constitución de Ferdinand Lasalle.....	5
1.1.7. Concepto de Constitución de Carl Schmitt.....	9
1.1.7.1. Concepto Absoluto.....	9
1.1.7.2. Concepto Relativo.....	11
1.1.7.3. Concepto Positivo.....	11
1.1.7.4. Concepto Ideal.....	13
1.1.8. Concepto de Constitución de Herman Heller.....	14
1.2. Principios del Constitucionalismo Moderno.....	18
1.2.1. Supremacía Constitucional.....	18
1.2.2. Rigidez Constitucional.....	20
1.2.3. Distinción entre los conceptos de Constitución, Normas Constitucionales y Leyes constitucionales.....	21
1.2.4. Límites al ejercicio del poder político.....	23
1.3. Poder.....	24
1.3.1. Concepto Etimológico.....	25
1.3.2. Concepto Gramatical.....	25
1.3.3. Poder del Estado.....	26
1.3.4. Poder Político.....	26
1.4. Estado.....	28
1.4.1. Concepto Etimológico.....	28

1.4.2. Concepto Gramatical.....	29
1.4.3. Concepto Jurídico- Político.....	29
1.5. Estado de Derecho.....	30
1.6. Defensa de la Constitución.....	32
1.7. Garantías de la Constitución.....	33
1.8. Control de la Constitucionalidad.....	34
1.9. Control de la Legalidad.....	37
1.10. Justicia Constitucional.....	38
1.11. Constitución como parámetro de la Constitucionalidad del poder político.....	41
1.12. Inconstitucionalidad.....	42
1.13 Constitución Política del Estado.....	42

CAPÍTULO 2

CONTROL DEL EJERCICIO DEL PODER POLÍTICO

2.1. Concepto de Control.....	46
2.2. Concepto de Limitación.....	46
2.3. Diferencia entre control y limitación constitucional.....	48
2.4. El control como elemento inseparable de la Constitución.....	48
2.5. Constitución.....	49
2.5.1 Carácter Instrumental.....	49
2.5.2 Carácter Legitimador.....	49
2.6. Control de la Constitucionalidad del Poder Político.....	50
2.7. Control Político.....	50
2.7.1. Objeto.....	51
2.7.2. Agentes.....	52
2.7.3. Modalidades.....	52
2.7.4. Características.....	53
2.8. Control Social.....	54
2.8.1. Objeto.....	54

2.8.2. Agentes.....	54
2.8.3. Modalidades.....	55
2.7.5. Características.....	55
2.9. Control Legislativo.....	55
2.9.1. Objeto.....	56
2.9.2. Agentes.....	56
2.9.3. Modalidades.....	56
2.9.4. Características.....	61
2.10. Control Jurisdiccional.....	62
2.10.1. Objeto.....	63
2.10.2. Agentes.....	63
2.10.3. Modalidades.....	64
2.10.4. Características.....	64
2.11. Control Jurisdiccional.....	65
2.11.1 Estudio en función del órgano que lo realiza.....	65
2.11.2 Estudio en función de la materia objeto de control.....	66
2.11.3 Estudio en función de los efectos de la resolución.....	66
2.11.4 Estudio en función de los sujetos legalmente autorizados para solicitar al órgano de control la declaración de inconstitucionalidad.....	67
2.11.5 Estudio en función del procedimiento.....	68
2.11.6 Estudio en función del momento en que se ejerce el control.....	69
2.11.7 Estudio en función de la aplicación de la norma.....	69
2.12. Sistema Difuso.....	70
2.12.1. Características.....	70
2.12.2. Modelo Americano.....	72
2.13. Sistema Concentrado.....	75
2.13.1. Características.....	77
2.13.2. Modelo Austriaco.....	77
2.14. Diferencias entre el Modelo Austriaco y el Modelo Americano.....	78
2.15. Control del Poder Político por Participación Ciudadana.....	81
2.15.1. Referéndum.....	81

2.15.2. Plesbiscito.....	83
2.15.3. Iniciativa Popular.....	83
2.15.4. Revocación de la confianza popular.....	84

CAPÍTULO 3

DERECHO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

3.1. Concepto de tratado internacional.....	85
3.1.1. Definición doctrinal.....	85
3.1.2. Definición según la Convención de Viena.....	86
3.1.3 Clasificación de los tratados Internacionales.....	87
3.2. Órganos Estatales competentes para celebrar tratados internacionales.....	88
3.3. Proceso de celebración de un tratado internacional.....	91
3.3. 1. Negociación.....	91
3.3.2. Adopción del texto.....	92
3.3.3. Autenticación del texto.....	92
3.3.4. Manifestación del consentimiento.....	93
3.3.4.1. La firma.....	93
3.3.4.2. El canje de instrumentos.....	95
3.3.4.3. La ratificación.....	95
3.3.4.4. La aceptación.....	97
3.3.4.5. La aprobación.....	97
3.3.4.6. La adhesión.....	98
3.3.4.7. Principios del derecho de los tratados.....	99
3.4. Reservas.....	101
3.4.1. Concepto.....	101
3.4.2. Definición de la Convención de Viena.....	101
3.4.3. Tipos de reservas.....	101
3.4.4. Formulación de reservas.....	102
3.4.5. Aceptación y objeción a las reservas.....	102

3.4.6. Efectos jurídicos de las reservas y de sus objeciones.....	104
3.4.7. Casos en que no se admite formular reservas.....	104
3.4.8. Retiro de las reservas y de las objeciones a las mismas.....	105
3.4.9. Procedimiento relativo a las reservas.....	105
3.5. Entrada en vigor de un tratado internacional.....	106
3.6. Observancia y aplicación de los tratados internacionales.....	107
3.6.1.El artículo 26 de la Convención de Viena.....	108
3.6.2. Aplicación de los tratados internacionales.....	108
3.6.2.1. Temporal.	108
3.6.2.2. Territorial.....	108
3.6.2.3. Respecto de tratados sucesivos con disposiciones relativas a la misma materia.....	109
3.7. La interpretación de los tratados internacionales.....	110
3.7.1. Principio del sentido corriente.....	111
3.7.2. Principio del contexto.....	111
3.7.3. Principio de la conformidad con el objeto y el fin del tratado internacional.....	112
3.7.4. Principio de la buena fe.....	113
3.7.5. Medios complementarios de interpretación de los tratados internacionales.....	113
3.7.5.1. Trabajos preparatorios.....	114
3.7.5.2. Circunstancias de celebración de un tratado internacional.....	114
3.7.6. Regla intertemporal.....	115
3.7.7. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas...	115
3.8. Efectos de los tratados.....	116
3.8.1. Efectos de los tratados respecto a las partes.....	116
3.8.2. Efectos de los tratados respecto a los Estados terceros.....	117
3.8.2.1. Tratados en que se prevén obligaciones a terceros Estados...	117
3.8.2.2. Tratados en que se prevén derechos para terceros.....	117
3.8.2.3. Revocación o modificación de obligaciones o derechos de terceros Estados.....	118

3.8.2.4. Normas de un tratado que llegan a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional.....	118
3.9. Revisión de los tratados internacionales.....	119
3.9.1. Enmienda.....	119
3.9.2. Modificación.....	120
3.10. Invalidez y nulidad de los tratados internacionales.	121
3.10.1. Causales de invalidación.....	122
3.10.1.1. Violación de una norma de derecho interno.....	122
3.10.1.2. Restricción a los poderes del representante.....	123
3.10.1.3. Error.....	124
3.10.1.4. Dolo.....	125
3.10.1.5. Corrupción del representante.....	125
3.10.2. Causales de nulidad.....	126
3.10.2.1. Coacción sobre el representante de un estado.....	126
3.10.2.2. Coacción sobre el estado por la amenaza o el uso de la fuerza.....	127
3.10.2.3. Incompatibilidad con una norma de <i>ius cogens</i>	127
3.10.3. Consecuencias de la nulidad de un tratado.....	128
3.11. Terminación de los tratados.....	128
3.11.1. Causas de terminación establecidas en la Convención de Viena.....	129
3.11.1.1. Voluntad de las partes.....	129
3.11.1.2. Denuncia.....	129
3.11.1.3. Celebración de un tratado posterior.....	130
3.11.1.4. Violación grave de un tratado.....	130
3.11.1.5. Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento.....	131
3.11.1.6. Cambio fundamental de circunstancias.....	132
3.11.1.7. Aparición de una nueva norma internacional de <i>ius cogens</i> ..	133
3.11.2. Consecuencias de la terminación de un tratado.....	133
3.12. Suspensión de los tratados.....	133
3.12.1. La suspensión de acuerdo a la convención de Viena.....	134

3.12.2. Consecuencias de la suspensión de la aplicación de un tratado.....	134
3.13. Depósito, registro y publicación de los tratados.....	135
3.14.- La recepción de los tratados en el derecho interno.....	136
3.15. Ley sobre la celebración de tratados.....	137
3.16. Ley sobre la aprobación de tratados internacionales en materia económica.....	141

CAPÍTULO 4

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

4.1. Francia.....	148
4.1.1. Historia.....	148
4.1.2. Consejo Constitucional.....	150
4.1.3. Composición.....	152
4.1.4. Competencia del Consejo Constitucional.....	153
4.1.5. Control de la constitucionalidad.....	155
4.1.5.1. Objeto del control de la constitucionalidad.....	155
4.1.5.2. Sujetos facultados para acudir al Consejo Constitucional.....	158
4.1.5.3. Características del procedimiento ante el Consejo Constitucional.....	158
4.1.5.4. Fases del procedimiento.....	159
4.1.5.5. Decisiones del Consejo Constitucional.....	160
4.1.5.5.1. Contenido de las decisiones.....	161
4.1.5.5.2. Efectos de las decisiones del Consejo Constitucional.....	162
4.1.5.5.3. Publicación de las decisiones.....	163
4.1.5.6. Límites del Consejo Constitucional.....	163
4.1.6.1.-El control previo de los tratados internacionales.....	164

4.2 .España.....	168
4.2.1. Historia.....	168
4.2.2. Tribunal Constitucional.....	168
4.2.3. Composición del Tribunal Constitucional.....	169
4.2.4. Competencia del Tribunal Constitucional.....	173
4.2.5. Control de la constitucionalidad.....	176
4.2.5.1. Objeto del control de la constitucionalidad.	176
4.2.5.1.1. El recurso de inconstitucionalidad.....	177
4.2.5.1.1.2. Objeto del recurso de inconstitucionalidad.....	177
4.2.5.1.1.3. Características del recurso de inconstitucionalidad.....	179
4.2.5.1.1.4. Sujetos facultados para interponer el recurso de inconstitucionalidad.....	179
4.2.5.1.1.5. Plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad....	180
4.2.5.1.1.6. Interposición del recurso de inconstitucionalidad.....	180
4.2.5.1.1.7. Efectos de la interposición del recurso de inconstitucionalidad.....	181
4.2.5.1.1.8. Substanciación del recurso de inconstitucionalidad.....	181
4.2.5.1.2.1. La cuestión de inconstitucionalidad.....	182
4.2.5.1.2.2. Objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.....	183
4.2.5.1.2.3. Características de la cuestión de inconstitucionalidad.....	184
4.2.5.1.2.4. Sujetos autorizados para interponer la cuestión de inconstitucionalidad.....	185
4.2.5.1.2.5. Plazo para interponer la cuestión de inconstitucionalidad..	186
4.2.5.1.2.6. Interposición de la cuestión de inconstitucionalidad.....	186
4.2.5.1.2.7. Efectos de la interposición de la cuestión de inconstitucionalidad.	187
4.2.5.1.2.8. Substanciación de la cuestión de inconstitucionalidad.....	188
4.2.5.3. Las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional.....	188
4.2.5.3.1. Contenido de las resoluciones.....	191
4.2.5.3.2. Efectos de las resoluciones.....	191

4.2.5.3.3. Notificación y publicación de las resoluciones.....	192
4.2.6. El control previo de los tratados internacionales.....	192
4.2.6.1. El control previo de los tratados internacionales.....	193
4.2.6.2. El recurso de inconstitucionalidad.....	198
4.2.6.3.-La cuestión de inconstitucionalidad.....	200
4.3. Colombia.....	201
4.3.1. Historia.....	201
4.3.2. Corte Constitucional.....	202
4.3.3. Composición de la Corte Constitucional.....	203
4.3.4. Competencia de la Corte Constitucional.....	206
4.3.5. Control de la constitucionalidad.....	208
4.3.5.1. Objeto del control de la constitucionalidad.....	209
4.3.5.2. Formas de revisión del control de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional.....	209
4.3.5.3. Procesos de control de constitucionalidad ante la Corte Constitucional.....	212
4.3.5.4. Procesos ordinarios ante la Corte Constitucional.....	213
4.3.5.5. Sujetos facultados para acudir ante la Corte Constitucional.....	215
4.3.5.6. Plazo para interponer la acción pública de inconstitucionalidad.....	215
4.3.5.7. Interposición de la acción pública de inconstitucionalidad.....	216
4.3.5.3. Las resoluciones emitidas por la Corte Constitucional.....	220
4.3.5.3.1. Contenido de las resoluciones.....	221
4.3.5.3.2. Características de las resoluciones de la Corte Constitucional Colombiana.....	222
4.2.5.3.3. Efectos de las resoluciones de la Corte Constitucional Colombiana.....	222
4.2.5.3.4. Notificación de las resoluciones de la Corte Constitucional Colombiana.....	223

4.2.5.3.5. Publicación de las resoluciones de la Corte Constitucional Colombiana.....	223
4.2.6. El control previo de los tratados internacionales.....	223

CAPITULO 5

ACCIÓN PREVENTIVA EN CONTRA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES CONTRARIOS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

5.1. Necesidad de crear una acción preventiva en contra de tratados internacionales que celebre el poder ejecutivo y que sean contrarios a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	227
5.2. Naturaleza de la Acción Preventiva en contra de tratados internacionales Inconstitucionales.....	230
5.3. Objeto de la Acción Preventiva en contra de tratados internacionales inconstitucionales.....	233
5.4. Órgano Jurisdiccional competente.....	234
5.4.1. Creación de una Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer del control preventivo de los tratados internacionales inconstitucionales.....	236
5.5. Vía para tramitar la Acción Preventiva en contra de tratados internacionales contrarios a la Constitución.....	236.
5.6. Sujetos autorizados para plantear la Acción Preventiva en contra de tratados internacionales contrarios a la Constitución.....	237
5.7. Plazo para el ejercicio de la Acción Preventiva en contra de tratados internacionales contrarios a la Constitución.....	238
5.8. Requisitos de Admisibilidad.....	239
5.9. Resolución.....	239
5.9.1. Procedimiento de deliberación y votación.....	239
5.9.2. Término para emitir la resolución.....	240

5.9.3. Características de la resolución.....	240
5.9.4. Efectos de la resolución.....	241
5.9.5. Publicación de las Resoluciones.....	242
5.10. Posibilidad de plantear de nueva cuenta la anticonstitucionalidad de un Tratado Internacional que haya sido sujeto al control preventivo.....	243
5.11. Doctrina Internacional respecto de los tratados internacionales que se refieren a Derechos Humanos.	245
5.12. Crítica a la Acción de Inconstitucionalidad prevista en el artículo 105 Fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	247
Conclusiones.....	252
Bibliografía.....	260
Legislación.....	264
Otras fuentes.....	265

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo tiene por objeto crear una Acción Preventiva en contra de los tratados internacionales que celebre el Ejecutivo de la Unión y que son contrarios a la Constitución, lo anterior en atención a que todo en Estado de Derecho rige el principio de la supremacía constitucional, es decir, el principio que presupone a la Constitución como la ley suprema y fundamental que debe imperar sobre todo el orden jurídico y aún incluso sobre los órganos constituidos, por ser la expresión de las decisiones políticas fundamentales que definen el ser y modo de ser del Estado.

En ese tenor la Constitución se convierte en el parámetro con el cual se deben medir todos los actos de los órganos constituidos e incluso de sus omisiones, en consecuencia los tratados internacionales en su expedición, contenido y aplicación deben ajustarse a esa norma fundamental, es decir, deben ser constitucionales, partiendo del principio elemental de que una norma inferior no puede transgredir a la norma superior, máxime si la superior es el reflejo de las decisiones políticas fundamentales del Estado Mexicano.

Debido a la necesidad tanto de preservar y garantizar el respeto a la Constitución, como de controlar y limitar a los detentadores del poder en el ejercicio del mismo, se han creado diversos medios de control que controlan la conformidad de los actos y omisiones de los órganos constituidos con la Constitución, medios o instrumentos de control que en su conjunto buscan evitar que la norma constitucional sea violentada previniendo este hecho, o una vez que han sido violentadas, destruyendo las consecuencias del acto violatorio, ello con el propósito de conservar el estado de constitucionalidad, que es la finalidad última de la Defensa de la Constitución.

Los llamados medios de control de la constitucionalidad de los actos u omisiones de los órganos constituidos pueden clasificarse en atención

a diversos puntos de vista, como puede ser atendiendo al órgano que lo realiza, a la materia objeto de control, en función de los efectos de la resolución, en función de los sujetos legalmente autorizados para solicitar al órgano de control la declaración de inconstitucionalidad, en función del procedimiento, del momento en que se ejerce el control y en función de la aplicación de la norma, mismos que han sido estudiados en el presente trabajo.

Así tenemos que dentro del sistema jurídico mexicano, se encuentra prevista en la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la denominada acción de inconstitucionalidad en contra de los tratados internacionales, que es un instrumento de control de la constitucionalidad de tipo jurisdiccional. Es importante hacer notar que dicho instrumento de control de la constitucionalidad de los tratados internacionales tiene una naturaleza correctiva, porque su ejercicio es posterior a la celebración del tratado internacional, a su ratificación y publicación en el Diario Oficial de la Federación, sin embargo, dicho instrumento de control no es idóneo, porque México es un país adherido a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de fecha 23 de mayo de 1969, en virtud de que nuestro Estado en el año de 1974 ratificó dicha convención y en segundo término porque la citada Convención en su artículo 26 establece que: “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, toda vez que cualquier tratado internacional que celebren los Estados es vinculante aún cuando sea contrario a su Constitución, debido al hecho de que una vez que los Estados han ratificado el tratado internacional (aún cuando sea contrario a su Constitución) no hay forma de destruir la vinculación internacional del Estado ni la responsabilidad por incumplimiento. Asimismo el artículo 27 establece que en relación con la observancia de los tratados, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, de lo que se concluye que la norma internacional convencional no sólo condiciona la legislación interna posterior sino que modifica la anterior,

toda vez que ella no podrá ser alegada como justificación del incumplimiento de un tratado. Por último, debe tomarse en cuenta que el artículo 46 establece que aún cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento y de lo que se concluye que no hay forma de destruir la vinculación internacional del Estado ni la responsabilidad por incumplimiento y por lo tanto el tratado internacional contrario a la Constitución es obligatorio en el ámbito interno.

Ante tal circunstancia y tomando como ejemplo a diversos países como España, Francia y Colombia, en donde existen sendos medios de control de la constitucionalidad de los tratados internacionales, de naturaleza preventiva y que se caracterizan por ser funcionales y eficaces, el presente trabajo propone la creación de una Acción Preventiva en contra de tratados internacionales contrarios a la Constitución, que tendrá por objeto una previa revisión de la conformidad del tratado internacional con la Constitución, antes de que sea aprobado por el Senado, dicha revisión se realizará a través de un procedimiento de naturaleza jurisdiccional planteado ante un órgano que ejerza funciones de control de la constitucionalidad y que concluirá con una declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado internacional sometido al control de la constitucionalidad y los efectos de dicha resolución serán declarativos y generales.

La creación del instrumento que control preventivo que se propone en el presente ensayo, trae aparejadas ventajas como un previo análisis de la constitucionalidad del tratado internacional con el cual se ahorrará tiempo y trámites, ya que si previo a la aprobación por parte del Senado a un tratado internacional, éste se somete al estudio y análisis por parte del órgano de control de la constitucionalidad a fin de que se emita un pronunciamiento sobre su constitucionalidad o

inconstitucionalidad, se evitará la interposición exagerada de otros medios de control de la constitucionalidad posteriores y de naturaleza correctiva, de igual forma se evitarán daños eventuales que podría causar el tratado internacional inconstitucional en virtud de que una vez que el Estado Mexicano ha ratificado el tratado internacional (aún cuando sea contrario a su Constitución) no hay forma de destruir la vinculación internacional del Estado ni la responsabilidad por incumplimiento.

De lo anterior se concluye que con la creación de la Acción Preventiva en contra de los tratados internacionales se logrará y consolidará la defensa y garantía de la Constitución.

CAPÍTULO 1

CONCEPTOS GENERALES

1.1. CONSTITUCIÓN

La Constitución, es la praxis constitucional en su conjunto y de ella depende la vigencia del Estado constitucional de derecho. ¹

1.1.1. CONCEPTO ETIMOLÓGICO

De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el vocablo Constitución proviene del latín *constitutio*, que es la acción y efecto de constituir o bien la esencia y cualidades de una cosa que la constituyen tal y la diferencian de las demás.

El maestro Rolando Tamayo y Salmorán en su obra Introducción al Estudio de la Constitución, señala que el vocablo constitución proviene del latín *constitutio* que a su vez proviene del verbo latino *constituere* que significa 'poner', 'colocar' 'levantar', 'construir', 'fundar'. ²

1.1.2. CONCEPTO GRAMATICAL

En su obra Introducción al Estudio de la Constitución, Rolando Tamayo y Salmorán, señala que: "*Constitutio*" tiene, en principio, varios significados.

Los más importantes son:

¹ Covián, Miguel, *Teoría Constitucional*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C. México, 2002, Pág. 8.

² Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2002, Pág. 37.

a).-‘Estado’, ‘postura’, ‘condición’, ‘carácter’, constitución. Así, *Constitutio Corpaporis*: ‘El estado del cuerpo, complexión’, ‘la forma de ser de algo’.

b).-‘Arreglo’, ‘disposición’, ‘orden’, ‘organización’. Así. *Constitutio Reipublicae*: ‘La organización del Estado’.

c).- ‘Norma’(Constitución, ‘estatuto’, ‘ley’, ‘ordenanza’). Así, *Justum omne continetur natura vel constitutione*: ‘Lo justo se basa en la naturaleza o en la ley.’

Culmina señalando que existen otras palabras que ayudan a entender el significado de *constitutio*, tales como *constitutum* que significa ‘convención’, ‘acuerdo’, ‘pacto’, *constituere*, que significa ‘construir’, ‘fundar’, ‘instituir’, ‘disponer’.³

1.1.3. CONSTITUCIÓN MATERIAL

La Constitución en sentido material suele concebirse como el conjunto de normas jurídicas supremas de un Estado que se estructura por una parte dogmática y otra orgánica. La primera consagra las garantías individuales y la segunda establece la división de poderes.⁴

Para André Hauriou, Constitución en sentido material, puede entenderse como el conjunto de reglas que rigen la organización y el funcionamiento del Estado. En este sentido, todo Estado por el hecho de existir, posee forzosamente una Constitución. En todo Estado se encuentra, en efecto, una serie de disposiciones

³ Ibidem. Págs.37 y 38.

⁴ Covián, Miguel, *Teoría Constitucional*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C. México, 2002, Pág. 15.

que regulan la organización y las relaciones de los poderes públicos, fijando además las relaciones de principio entre el Estado y los ciudadanos.⁵

1.1.4. CONSTITUCIÓN FORMAL

En sentido formal la Constitución es un documento en el que se incluyen esas normas supremas del Estado que se distinguen de las demás que integran el orden jurídico positivo porque para su modificación o derogación se requiere la observancia de un procedimiento más completo y más lento que el que se utiliza para los mismos efectos, tratándose de cualquier otra norma jurídica, el cual está determinado precisamente en la carta o documento constitucional.⁶

Para André Hauriou, en su sentido formal, la Constitución de un país es un conjunto de reglas, promulgadas por lo general con cierta solemnidad, y que forman habitualmente una clase especial entre las reglas jurídicas.⁷

1.1.5. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN PARA HANS KELSEN

Hans Kelsen, señala que del análisis del derecho, se revela el carácter dinámico de este sistema normativo, así como la función de la norma fundamental, revela otra peculiaridad del mismo derecho: éste regula su propia creación en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma. Cuando una norma jurídica es válida por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera.

⁵ Hauriou, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ariel, España, 1971, Pág. 312.

⁶ Covián, Miguel, Op. Cit., Pág.15.

⁷ Hauriou, André, Op. Cit., Pág. 312

La relación entre la que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación, siendo éstas figuras de lenguaje de índole espacial. La norma que determina la creación de otra, es superior a ésta; la creada con la regulación, inferior a la primera. El orden jurídico, especialmente aquél cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles. La unidad de esas normas hállase constituida por el hecho de que la creación de la de grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto, o básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico.⁸

Continúa señalando que existen diversos grados en el orden jurídico, señala que en la cúspide se encuentra la Constitución y que ésta representa el nivel más alto dentro del derecho nacional, asimismo establece que hacia abajo se encuentran en el siguiente orden: las normas generales expedidas de acuerdo con la Constitución, las leyes y el derecho consuetudinario; el derecho sustantivo y el derecho adjetivo; las normas generales creadas por la legislación o la costumbre; así como la creación consuetudinaria y la legislativa del derecho vistas como fuentes del mismo.⁹

Establece que la Constitución puede ser vista desde dos sentidos: el formal y el material. Señala que la Constitución en sentido formal, es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que solo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar

⁸ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 1988, Universidad Nacional Autónoma de México, Pág. 146

⁹ Cfr. *Ibidem*, Págs. 146 a 156.

la prescripción de tales normas. La Constitución en sentido material, esta constituida por los preceptos que regulan la creación de las normas jurídicas generales y especialmente la creación de leyes.¹⁰

1.1.6. CONSTITUCIÓN PARA LASSALLE

Ferdinand Lasalle en su célebre conferencia pronunciada ante una agrupación ciudadana en abril de 1862, intenta establecer un concepto científico de constitución, en esos términos comienza su conferencia con dos cuestionamientos, que sirven de base para el presente estudio, ya que al igual que Lasalle, se busca determinar ¿Qué es una Constitución? y ¿En qué consiste la verdadera esencia de una Constitución? Al respecto dicho autor manifiesta que la Constitución es un problema constitucional del que se ha hablado mucho, pero respecto del cual no existe una definición satisfactoria.

Señala que los errores comunes al definir el término de Constitución, son los siguientes:

- 1.-Definir la materia concreta de una determinada Constitución, ya sea la de Prusia o cualquier otra.
- 2.-Concebirla como un pacto jurado entre el rey y el pueblo, que establece los principios básicos de la legislación y del gobierno dentro de un país. Lo anterior se identifica en la actualidad con el concepto material de Constitución.
- 3.-Señalar que es la ley fundamental proclamada en el país, en la que se echan los cimientos para la organización del Derecho público de esa nación.

¹⁰ Cfr. Ibidem, Págs. 146 y 147.

Manifiesta que éstas definiciones únicamente se limitan a describir exteriormente como se forman las Constituciones y qué hacen, pero no nos dicen lo que es una Constitución, cuando lo que se busca es encontrar en que consiste la verdadera esencia de una Constitución.

Para encontrar la esencia de la Constitución, Lasalle utiliza un método comparativo que consistió en el contraste de la Constitución con la Ley, con la finalidad de encontrar las diferencias que separan a una de la otra.

Comienza señalando que la Constitución para regir necesita de la promulgación legislativa, de lo que se infiere que la Constitución es una ley, pero no una ley como cualquier otra, es algo más que una simple ley, es algo más sagrado, más firme y más inmovible que una ley ordinaria, concluye que la Constitución es la ley fundamental de un país.

Sin embargo hasta este punto considera que su análisis continúa siendo estéril ya que lo único que ha logrado es: ganar un nombre, una palabra nueva, el término de “ley fundamental”, que de nada sirve mientras no se logre diferenciar la ley fundamental de otra ley cualquiera.

Así que para distinguir entre una ley fundamental y otra ley cualquiera, establece que es necesario:

1° Que la ley fundamental sea una ley que ahonde más que las leyes corrientes, es decir, que sea como su propio predicado lo indica “fundamental”.

2° Que constituya el verdadero *fundamento* de las otras leyes, es decir, que la ley fundamental a efecto de ser acreedora de ese nombre, deberá informar y engendrar las demás leyes ordinarias basadas sobre ella. La ley *fundamental*, para serlo, habrá pues, de actuar e irradiar a través de las leyes ordinarias.

3° Que ese fundamento, sea la necesidad activa, de una fuerza eficaz que hace, por ley de necesidad, que lo que sobre ella se funda sea así y no de otro modo. Señala que las cosas que tiene un fundamento no son como son por antojo, pudiendo ser también de otra manera, sino que son así porque necesariamente tienen que ser. El fundamento a que responden no les permite ser de otro modo. Así pues, la Constitución, es la ley fundamental de un país, en atención a la necesidad de una fuerza activa que hace que las demás leyes e instituciones jurídicas vigentes en el país sean lo que realmente son, de tal modo que, a partir de ese instante, no puedan promulgarse, en ese país, aunque se quisiese, otras leyes cualesquiera.

La fuerza activa e informadora que existe en un país y que influye de tal modo en todas las leyes promulgadas en ese país, que las obliga a ser necesariamente, lo que son y como son, se denomina factores reales de poder.

Como ya ha sido mencionado, Lasalle señala que los factores reales de poder que rigen en una sociedad, son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son. Debido a la época en que se dictó dicha conferencia, Lasalle identifica a los factores reales de poder con la monarquía, la aristocracia, la gran burguesía, los banqueros, la pequeña burguesía y la clase obrera, manifestando que las necesidades de cada uno de esos factores son un fragmento de Constitución y que en esencia la suma de los factores reales de poder que rigen en una país es la Constitución.¹¹

Para Lasalle los factores reales de poder son una realidad política que configura o constituye el ser del Estado y por ende su Constitución. La constitución no es un acto de voluntad del legislador, sino una realidad política personificada y representada por unos factores reales de poder dinámicos y cambiantes como la

¹¹ Cfr. Lasalle, Ferdinand, ¿Qué es una Constitución?, Ariel Derecho, España, 2002, Págs. 77 a 92.

realidad misma. Asimismo no debemos confundir a los factores reales de poder con las organizaciones políticas, grupos sociales, grupos de presión, organizaciones y agrupaciones que tienen representatividad en la sociedad, o en general muy diversos sectores dentro de una comunidad exigen sus derechos, ya que no basta con ser un sector o grupo social que tenga intereses y derechos que defender o que se sienta digno y merecedor de ellos, ya que es necesario además, ser un factor con capacidad real de actuar, es decir, con el poder efectivo para luchar por la concreción de lo que quiere y le interesa, con una fuerza real que impedirá que la ley suprema prescriba algo que lesione sus privilegios y obstruya sus intereses, ya que buscará sostenerlos y si se puede ampliarlos, en la medida que su poder real en cada caso lo permite y hasta donde la otra fuerza o el otro sector se lo permite.¹²

Retomando la idea de factores reales de poder, Lasalle considera que éstos se toman, se extienden en una hoja de papel y que a partir del momento en que se les da expresión escrita mediante su incorporación al papel, dejan de ser simples factores reales de poder, y pasan a ser factores jurídicos, porque se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, que deben ser respetadas y quien atente contra ellas, atenta contra la ley, y es castigado.

En ese tenor distingue entre una Constitución real y efectiva formada por los factores reales y efectivos que rigen en la sociedad y una Constitución escrita, la que entiende como una hoja de papel. En relación con la Constitución real y efectiva establece que la tienen y han tenido siempre todos los países, ya que en cualquier realidad política existen factores reales de poder que definen la esencia del Estado y crean la Constitución del Estado mismo. En relación con la Constitución escrita, establece que en los tiempos modernos se asocia el concepto de Constitución con el término hojas de papel, es decir, la tendencia es que el Estado se de una Constitución escrita, cuya misión es resumir y estatuir

¹²Cfr. Covián, Miguel, Op. Cit. Págs. 56 y 57.

en un documento, en una hoja de papel, todas las instituciones y principios de gobierno vigentes en el país, sin tomar en cuenta que la esencia de la Constitución, deben ser los factores reales de poder.

En ese orden de ideas concluye que si esa Constitución escrita corresponde a la Constitución real, la Constitución es buena y duradera por ser el reflejo de la realidad política. En caso contrario manifiesta que la hoja de papel que no contenga las necesidades de los factores reales de poder, a lo largo del tiempo cederá y sucumbirá ante el empuje de la Constitución real, es decir, ante las necesidades de las verdaderas fuerzas vigentes en el país, ya que de nada sirve lo que se escriba en la hoja de papel, si no se ajusta a la realidad.¹³

Finalmente concluye su conferencia, estableciendo que los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de *poder*; la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan *expresión* fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social.¹⁴

1.1.7. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN PARA CARL SCHMITT

Carl Schmitt señala atinadamente que la palabra constitución reconoce una diversidad de sentidos, así nos da en relación a dicho término un concepto absoluto, relativo, positivo e ideal de Constitución.

1.1.7.1. CONCEPTO ABSOLUTO

Propone limitar la palabra “constitución” a Constitución del Estado, es decir, de la unidad política de un pueblo. En esta delimitación puede designarse al Estado

¹³ Cfr. Lasalle, Ferdinand, Op. Cit. Págs. 92 a 115.

¹⁴ Ibidem. Pág. 119.

mismo, al Estado particular y concreto como unidad política, o bien considerado como una forma especial y concreta de la existencia estatal; entonces así significar también un sistema cerrado de normas y entonces designa una unidad, si, pero no una unidad existiendo en concreto, sino pensada, *ideal*. En ambos casos el concepto de Constitución es *absoluto*, porque ofrece un todo (verdadero o pensado).

Aporta un concepto de Constitución en sentido absoluto, señala que puede significar la concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política existente”. Establece tres significados:

1.- La Constitución, es el Estado mismo, en su carácter particular y concreto, en su concreta existencia política. El Estado es Constitución, es decir, una situación presente del ser, un status de unidad y ordenación.

2.-La Constitución, puede ser considerada como una manera especial de ordenación política y social. Es un modo concreto de la supra- y subordinación, una forma especial del dominio que afecta a cada Estado y que no puede separarse de él. Constitución es la forma de gobierno, la forma de formas.

3.-La Constitución, es un principio del devenir dinámico de la unidad política, del fenómeno de la continuamente renovada formación y erección de esta unidad desde una fuerza y energía subyacente u operante en la base. Es un concepto que entiende al Estado como algo existente y por tanto dinámico, en devenir, surgiendo siempre de nuevo.¹⁵

Un segundo concepto de Constitución en sentido Absoluto puede significar una regulación legal fundamental, es decir, un sistema de normas supremas y últimas. Constitución es la norma de normas. Se concibe a la Constitución como

¹⁵ Schmitt, Carl, Teoría de la Constitución, Alianza, Madrid, 1982, Págs. 30 y 31.

algo normativo, un simple deber ser. Se trata de leyes que norman totalmente la vida del Estado. Así el Estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la Constitución como norma fundamental.¹⁶ A diferencia del primer concepto absoluto de Constitución en el que se entiende como una actuación del ser, un devenir dinámico, en este supuesto, la Constitución es algo normativo, un deber ser, la ley de leyes.

1.1.7.2. CONCEPTO RELATIVO

Carl Schmitt establece que la relativización del concepto de Constitución consiste en que en lugar de fijarse el concepto unitario de Constitución como un todo, se fija solo el de ley constitucional concreta, pero el concepto de ley constitucional se fija según características externas y accesorias, llamadas formales.¹⁷

La Constitución en sentido relativo significa, la ley constitucional en particular. Toda distinción objetiva y de contenido se pierde a consecuencia de la disolución de la Constitución única en una pluralidad de leyes constitucionales distintas, pero formalmente iguales. Para este concepto formal es indiferente que la ley constitucional regule la organización de la voluntad estatal o tenga cualquier otro contenido. Ya no se preguntará por qué una prescripción legal-constitucional necesita ser fundamental, ésta consideración relativizadora, llamada formal, hace indistinto todo lo que está en una Constitución, no establece distinción objetiva alguna, no importa el contenido de la Constitución. Equipara a la Constitución con todas las leyes constitucionales, señala que la formalidad puede radicar en la forma escrita y la reforma dificultada de la Constitución como de dichas leyes constitucionales.¹⁸

¹⁶ Ibidem. Pág. 33.

¹⁷ Ibidem. Pág. 37.

¹⁸ Ibidem. Págs. 37 y 38.

1.1.7.3. CONCEPTO POSITIVO

Schmitt, establece que sólo es posible un concepto de Constitución cuando se distingue Constitución y ley constitucional, señala que no es posible disolver primero una Constitución en una pluralidad de leyes constitucionales concretas y después determinar la ley constitucional por algunas características externas o acaso por el procedimiento de su reforma, ya que de éste modo se pierden un concepto esencial de la Teoría del Estado y el concepto central de la Teoría de la Constitución, ya que para ésta última la distinción entre Constitución y ley constitucional es de suma importancia.

Así establece que la Constitución en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente. El acto constituyente no contiene como tal unas formaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto *constituye* la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior. No es, pues, que la unidad política surja porque se haya dado una Constitución. La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política, es importante aclarar que esta forma no es estática, puede cambiar, se pueden introducir nuevas formas, sin que esto implique que el Estado cese. La Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por sí misma y se da a sí misma*. La Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto no surge de sí misma, no se da a sí misma, sino que es dada por una unidad política concreta, vale por la voluntad política existente que le dio vida.

En cambio las leyes constitucionales valen, por el contrario, a base de la Constitución y presuponen una Constitución. Toda ley, como regulación normativa, y también la ley constitucional, necesita para su validez en último

término una decisión política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente.

Así tenemos que la Constitución se caracteriza por ser:

a).-Una decisión política del titular del poder constituyente (del pueblo), de lo que se concluye que su esencia nunca radicará en una ley o norma. En cambio las leyes constitucionales encuentran su esencia en la Constitución, es decir, en la norma fundamental.

b).-Intangible, ya que se trata de decisiones políticas del poder constituyente. En cambio las leyes constitucionales pueden ser suspendidas o violadas en un estado de excepción, con la finalidad de mantener o respetar las decisiones políticas del poder constituyente.

c).-Garantizar los derechos fundamentales, es decir, consagra estos derechos fundamentales, en cambio las leyes constitucionales regulan tales garantías fundamentales.

d).-Un conflicto constitucional, afecta a Constitución por ser la expresión de la decisión política fundamental, en cambio no afecta a las leyes constitucionales.

e).-Juramento de la Constitución, presupone el reconocimiento de las decisiones políticas fundamentales del poder constituyente. ¹⁹

1.1.7.4. CONCEPTO IDEAL

Carl Schmitt, establece que con frecuencia se designa como verdadera o auténtica Constitución, por razones políticas, la que responde a un cierto ideal

¹⁹ Cfr. Ibidem. Págs. 45 a 51.

de Constitución. Así la terminología de la lucha política comporta el que cada partido en lucha reconozca como verdadera Constitución sólo aquella que se corresponda con sus postulados políticos.²⁰

1.1.8. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN DE HERMAN HELLER

Dicho autor, estudia el concepto de Constitución del Estado, en cuanto a su forma así como desde los sendos puntos de vista político y jurídico.

En primer término estudia a la Constitución política como realidad social. Comienza señalando que la organización es la acción concreta de dar forma a la cooperación de los individuos y grupos que participan en el todo, mediante la supra-, sub- y co-ordinación de ellos y que la Constitución de un Estado coincide con su organización en cuanto ésta significa la constitución producida mediante actividad humana consciente y solo ella. Determina que ambas (organización y constitución) se refieren a la forma o estructura de una situación política real que se renueva constantemente mediante actos de voluntad humana, que en virtud de esa forma de actividad humana concreta, el Estado se convierte en una unidad ordenada de acción y es entonces cuando cobra, en general, existencia, finalmente concluye que al adquirir la realidad social una ordenación y forma especial, es cuando el Estado aparece en su existencia y modo concretos.

Establece que las relaciones de poder se hallan en constante movimiento y cambian a cada momento, no obstante no dan lugar a un caos sino que engendran, como organización y constitución, la unidad y ordenación del Estado.

Señala que el conocimiento del Estado y del Derecho no debe olvidar nunca, el carácter dinámico de su objeto, pero menos aún se debe olvidar que solo cabe

²⁰ Ibidem. Pág. 58.

hablar de una Constitución si se la afirma, no obstante la dinámica de los procesos de integración constantemente cambiantes y, en ellos, con un carácter relativamente estático, es por eso que la Constitución de un Estado, es en primer término producto y no proceso, forma de actividad humana y no actividad. En ese tenor se entiende que la Constitución permanece a través del cambio de tiempos y personas gracias a la probabilidad de que se repita en lo futuro la conducta humana que concuerda con ella, esa probabilidad se asienta, de una parte, en una mera normalidad de hecho, conforme a la Constitución, de la conducta de los miembros, pero además en una normalidad normada de los mismos y en el mismo sentido. Cabe, por eso, distinguir en toda Constitución estatal, y como contenidos parciales de la Constitución política total, la Constitución no normada y la normada.²¹

Establece que en toda Constitución Estatal existe:

1.-La Constitución no normada, que es la que refleja una mera normalidad de hecho, que a pesar de que no se encuentra normada, si esta normalizada por los miembros del Estado.

2.-La Constitución normada, que consiste en la normalidad de la conducta normada jurídicamente, o extrajurídicamente, por la costumbre, la moral, la religión, la urbanidad, la moda, etc. Al respecto apunta que la normalidad de una conducta consiste en su concordancia con una regla de previsión basada sobre la observación de lo que sucede por término medio en determinados períodos de tiempo, señala que la normalidad tiene que ser siempre reforzada y completada por la normatividad, que al lado de la regla empírica de previsión ha de aparecer la norma valorativa de juicio, la idea de normatividad, es decir, de la ejemplaridad u obligatoriedad de un obrar concorde con determinados criterios

²¹ Cfr. Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, Págs. 266 a 272.

positivos de valor, es de suma trascendencia, porque permite no sólo que sea elevada la probabilidad de un obrar frente a la Constitución por parte de sus miembros actuales o futuros, sino que es sólo ella quien, en muchos casos, la hace posible. De lo anterior se concluye que no pueden estimarse separadas la normalidad y la normatividad, ni el ser y el deber ser en el concepto de Constitución. La Constitución Política sólo puede concebirse como un ser al que dan forma las normas. Señala que dentro de ésta, tenemos :

a).-La que es normada jurídicamente, está integrada por preceptos jurídicos autorizados por el Estado, que para su validez precisan estar siempre complementados por elementos constitucionales no normados y por aquéllos otros normados pero no jurídicos. Señala que el contenido y modo de validez de una norma no se determina nunca solamente por su letra, ni tampoco por los propósitos y cualidades del que la dicta, sino, además y sobre todo, por las cualidades de aquéllos a quienes la norma se dirige y que la observan. Establece que el contenido e individualidad de una Constitución se determina, por lo que se llama ambiente, el medio cultural y natural, las normalidades antropológicas, geográficas, etnográficas, económicas y sociales, así como las normatividades no jurídicas, aquella parte del mundo circundante con la cual o frente a la cual la Constitución normada jurídicamente debe formar un todo.

b).-La que lo es extrajurídicamente, está integrada por normatividades extrajurídicas que tienen decisiva importancia, por ser principios de Derecho, necesarios para la validez y contenido de las normas constitucionales. Señala que no se refiere a principios lógicos del Derecho, resultado de la inducción de preceptos jurídicos y decisiones judiciales, obtenidos por mera abstracción, sino que se trata de principios que formulan normas que conoce la inmensa mayoría de los miembros de la comunidad jurídica y las únicas realmente vivas en su espíritu, respecto de ellos no se formula un contenido específico, sino que simple y sencillamente se refieren a las buenas costumbres, a la buena fe, a los usos

del comercio o a la equidad. En la práctica, pues, no son los principios jurídicos positivos, sino aquéllos principios generales del Derecho los que ayudan a asegurar la ordenación de la realidad social.²²

En segundo término, respecto de la Constitución jurídica destacada, establece que no sólo según una acepción vulgar, sino también en el lenguaje jurídico suele entenderse por Constitución del Estado no la estructura de un *status* político total, antes descrita, sino únicamente el contenido normativo jurídico destacado de esta realidad; no una estructura social conformada por normas, sino una estructura normativa de sentido; no un ser, sino un deber ser.²³ Señala que tanto el concepto de Constitución de Kelsen como el de Schmitt, son absolutos y por tanto carecen de cientificidad.

Determina que las normas constitucionales, tienen la función de procurar la vigencia a una normalidad a la que se le reconoce valor positivamente, o sea a la conducta que realiza la Constitución, no obstante el cambio de los tiempos y las personas. Afirma que en la base de toda formación, no sólo de la Constitución sino de cualquier ley, existe una decisión más o menos política del que crea la norma, pero en cuanto la decisión adoptada pretenda validez que obligue a la voluntad, ya sea para el mismo que decide, ya para otros, tiene que ser objetivada como norma.

Finalmente señala que se ha distinguido a la Constitución del Estado, como estructura de efectividad política, de su correlato objetivado en el campo jurídico como Constitución jurídica objetivada, pero termina concluyendo que sólo existe la Constitución jurídica objetivada en cuanto es constantemente referida al sujeto humano, en cuanto se actualiza constantemente por los hombres, que el hecho de que, a través de las vivencias y actos concretos en constante fluir, se descubra una de unidad y una Constitución, se debe a que este fluir trasciende a

²² Ibidem, Págs. 266 a 278.

²³ Ibidem, Pág. 278.

una determinada estructura de poder y un derecho correspondiente a ella, cuyo derecho, precisamente porque sirve a la perduración de aquella estructura de poder, no puede ser un “derecho de situación”.²⁴

Por último y respecto a la Constitución escrita, manifiesta que las entidades políticas siempre han tenido y tienen una Constitución en cuanto estructura de poder característica y como mínimo de normas jurídicas referentes a esa estructura. Pero en los dos últimos siglos se ha empleado la palabra Constitución en un sentido muy restringido, se entendió en general, entonces por Constitución sólo la Constitución jurídica y aún esta en forma muy determinada y con un contenido típico determinado. Considerábase como Constitución tan sólo a la ley fundamental del Estado que aparece en forma de documento escrito. Continúa señalando que la Constitución moderna no se caracteriza, sin embargo propiamente por la forma escrita, sino por el hecho de que la estructura total del Estado deba ser regulada en un documento escrito único, sin embargo señala que estos documentos constitucionales modernos tienden a realizar la limitación jurídica objetiva del poder del Estado y que la aseguran políticamente por medio de los derechos subjetivos de libertad e intervención de los ciudadanos respecto del poder del Estado, de suerte que los derechos fundamentales del individuo sean protegidos en virtud de la estructura formal de la organización del Estado²⁵

1.2. PRINCIPIOS DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Los principios sobre los cuales descansa el constitucionalismo moderno, son la Supremacía de la Constitución y la Rigidez constitucional.

1.2.1. PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

²⁴ Ibidem, Págs. 278 a 288.

²⁵ Ibidem, Págs. 289 a 292.

Felipe Tena Ramírez señala que la Supremacía de la Constitución, radica en el hecho de ser la expresión de la soberanía, y por tal motivo está por encima de todas las leyes y de todas las autoridades. Establece que se utiliza el vocablo suprema por ser la más alta fuente de autoridad y el vocablo primacía por ocupar el primer lugar de entre todas las leyes.²⁶

Según Humberto Quiroga Lavié, la Supremacía Constitucional, es la particular relación de supra y subordinación en que se encuentran las normas dentro de un ordenamiento jurídico determinado. Establece que dicho principio produce las siguientes consecuencias:

a).-Surge el subprincipio de unidad, a través del cual se asegura la compatibilidad vertical y horizontal de las normas dentro del ordenamiento: las normas inferiores deben adecuarse a las superiores y las normas de igual valor no pueden contradecirse pues la norma superior decide el conflicto.

b).-Surge el subprincipio del control de la supremacía constitucional: pues si no se efectiviza el mismo existirá relación de supra y subordinación normativa dentro del ordenamiento.

c).-Surge el subprincipio de razonabilidad: según el cual las leyes deben ser instrumentos o medio adecuados (razonables) a los fines establecidos por la Constitución.

d).-Surge la necesidad de la rigidez de la reforma constitucional: pues si no hubiera supremacía, la Constitución podría ser reformada por los procedimientos legislativos ordinarios y convertirse en flexible.

²⁶ Cfr. Tena, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1961, Pág. 9.

e).-Surge la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos: pues de este modo el Derecho establece una distribución funcional de competencias dirigida a determinar quienes crean los distintos niveles jurídicos.

f).-Surge el ordenamiento jurídico como una gradación de diferentes peldaños (niveles): que va desde la norma fundamental abstracta hasta el acto de ejecución del órgano público.

g).-Asegura el Estado de Derecho: pues los poderes constituidos se encuentran limitados por las determinaciones del poder constituyente.²⁷

Para Miguel Covián Andrade, el principio de Supremacía Constitucional, consiste en determinar que dentro de la estructura jurídica del Estado de Derecho, la ley suprema es la Constitución y de ella emanan directa o indirectamente, en forma jerárquica escalonada, todas las diferentes clases y rangos de normas que lo componen. De ahí que a la Constitución, tradicionalmente se le conozca también como la ley suprema, la ley fundamental del Estado.²⁸

1.2.2. PRINCIPIO DE RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Principio que se caracteriza porque en preceptos constitucionales se determinan los procedimientos de creación y modificación de las normas que derivan de la Constitución, así como de ser el caso, el procedimiento específico para su propia reforma o revisión. Cuando éste último es especial, más complejo y dilatado que el que se emplea para reformar la legislación ordinaria, se dice que la Constitución es rígida por oposición a flexible, quedando consagrado normativamente en el texto constitucional el principio de rigidez constitucional.²⁹

²⁷ Quiroga, Humberto, *Derecho Constitucional*, De Palma, Argentina, 1993, Págs. 405 y 406.

²⁸ Covián, Miguel, *Teoría Constitucional*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C. México, 2002, Pág.15.

²⁹ Idem.

Este principio supone un procedimiento especial y riguroso para la reforma de las disposiciones fundamentales es consecuencia del principio de supremacía constitucional, en virtud de que, si las normas constitucionales se modifican en la misma forma que las ordinarias se menoscaba el principio de supremacía de las primeras.³⁰

1.2.3. DISTINCIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS DE CONSTITUCIÓN, NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEYES CONSTITUCIONALES.

En primer término se define a la Constitución, como las decisiones políticas fundamentales que definen el ser y modo de ser de un Estado. La Constitución debe entenderse como una esencia y substancia del Estado.

En segundo término se define a las Normas Constitucionales como: las normas jurídicas expedidas por un congreso constituyente, cuyo contenido es de observancia obligatoria por ser la expresión jurídica de las decisiones políticas fundamentales, que se caracterizan por ser coercitivas y porque su incumplimiento acarrea una sanción. Son la estructura jurídica que contiene las decisiones políticas fundamentales.

De igual forma las normas constitucionales también son llamadas normas constitucionales primarias porque son el reflejo de las decisiones políticas fundamentales y porque originalmente conforman el texto de la Constitución redactada en el congreso constituyente.

Se señala que la norma constitucional puede serlo por su contenido y/o por su forma. Una norma es constitucional por su contenido en virtud de que es la

³⁰ Fix-Zamudio, , Héctor, Justicia Constitucional, Ombudman y Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1997, Pág. 281.

expresión jurídica de una decisión política fundamental y lo es por su forma, por ser una norma jurídica cuyo procedimiento de reforma es dificultado, es decir, es más complicado que el que se usa para modificar una ley ordinaria. Así tenemos que existen normas constitucionales por su contenido y forma, lo que significa que son la expresión jurídica de decisiones políticas fundamentales y que tienen un procedimiento dificultado de reforma, sin embargo también existen normas constitucionales atendiendo única y exclusivamente a su forma, lo que significa que se trata de normas jurídicas que no contienen ninguna decisión política fundamental y que son llamadas normas constitucionales por razones formales y porque poseen un elemento estructural que las diferencia de las demás, como lo es su reforma vía procedimiento dificultado.

Así podemos establecer la existencia de normas constitucionales decisionales y normas constitucionales formales. A las primeras también se les llama “normas-decisión” y son las que contienen las decisiones políticas fundamentales y a las segundas también se les llama “normas-forma” y son aquellas cuya reforma se realiza a través de un procedimiento dificultado, es decir, su forma jurídica es la que les da el calificativo de constitucionales.

Asimismo se establece que la función básica de las normas constitucionales es la de conferir seguridad a las decisiones políticas fundamentales para hacerlas obligatorias y cuyo procedimiento de reforma es dificultado y complicado para asegurar su duración y permanencia.

Por último y en tercer término se define el concepto de Leyes Constitucionales son: normas jurídicas que emanan de un órgano constituido, son posteriores a la existencia de las normas constitucionales y su objeto es modificarlas o reformarlas ya sea en el fondo o en la forma, cuando por cualquier razón, se juzga necesario un cambio a la forma jurídica de las decisiones políticas fundamentales, dentro de los límites inherentes a todo proceso de reforma

constitucional. Finalmente también pueden ser concebidas como normas constitucionales de revisión o adición a las decisiones políticas fundamentales. También son llamadas normas constitucionales secundarias porque se expiden como resultado del procedimiento de reforma o adición a la Constitución escrita.³¹

1.2.4. LIMITES AL EJERCICIO DEL PODER POLÍTICO

Debido a que el poder tiende a corromper a sus detentadores, así como al hecho de que los detentadores del poder pueden caer en excesos y abusos en el ejercicio de poder, es necesario limitarlo y restringirlo.

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el vocablo límite, proviene del latín *limes, itis*, significa término, confin o lindero de reinos, provincias, posesiones, etc.

Karl Loewenstein señala atinadamente: Limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder. Es indispensable señalar que para que los detentadores del poder puedan dominar, así como llevar a cabo sus tareas con plena autoridad, se requiere que la libertad de los destinatarios del poder quede plenamente garantizada y sea respetada por los detentadores de poder, mediante una serie de reglas fijas que obliguen a ambas partes recíprocamente y que se encuentren establecidas en un documento formal llamado Constitución.³² Considera que el *telos* de toda constitución es la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los

³¹ Cfr. Covián, Miguel, Op. Cit. Págs. 93 a 111.

³² Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, Pág. 29.

destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores y, asignarles una legítima participación en el proceso del poder.³³

Determina que el hombre político busca limitar el poder absoluto ejercido por los detentadores del poder. Se señala que no debe existir un solo detentador del poder, sino varios detentadores del poder obligados a realizar una cooperación en el ejercicio del poder, de igual forma deben existir reglas fijas para ejercer el poder, en consecuencia al existir una distribución de poder y una limitación al dominio del poder, existe restricción y control del poder político.³⁴

De las ideas anteriores se llega a la siguiente conclusión: efectivamente es difícil definir al poder y en consecuencia al poder político, sin embargo se debe tener clara y cierta la existencia de un proceso político en el que existen detentadores y destinatarios del poder político, así como tres momentos del poder que son el origen, el ejercicio y los fines que pretende. En este sentido y tomando en consideración que el poder tiende a corromper todo lo que esté a su alrededor y dada la naturaleza del hombre, es evidente la necesidad de establecer reglas fijas determinadas en el propio texto constitucional, que deben seguir los detentadores del poder en el ejercicio de su facultad de tomar decisiones e imponerlas a los destinatarios del poder. Cuando se limita a los detentadores del poder en el ejercicio del poder mediante la imposición de reglas fijas, se está restringiendo o controlando el actuar de los detentadores del poder en beneficio y respeto de los destinatarios del poder.

1.3.3. PODER

Karl Loewentein establece que en una sociedad estatal, el Poder es una relación socio psicológica basada en un recíproco efecto entre los que detentan y ejercen

³³ Ibidem. Pág. 151.

³⁴ Cfr, Ibidem. Pág. 150.

el poder (denominados detentadores del poder) y aquéllos a los que va dirigido (denominados destinatarios del poder). Este poder puede adoptar un carácter político, social, económico, religioso, moral, cultural o de cualquier otro tipo.³⁵

1.3.1. CONCEPTO ETIMOLÓGICO

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el vocablo poder, proviene del latín *potere*, que significa tener expeditas la facultad o potencia de hacer una cosa. Significa dominio, imperio, facultad y jurisdicción que uno tiene para mandar o ejecutar una cosa, asimismo significa al acto o instrumento en que consta la facultad que uno da a otro para que en lugar suyo y representándole pueda ejecutar una cosa.

Según el autor Enrique Sánchez Bringas, la locución 'poder' tiene como origen la palabra latina '*potere*' que en latín clásico corresponde al verbo '*posse*'. Éste, a su vez, deriva de la combinación de los términos '*potis*' y '*esse*' que significan 'ser capaz', por eso el verbo 'poder' dispone del mismo significado.³⁶

1.3.2. CONCEPTO GRAMATICAL

El poder siempre significa el dominio que ejerce una persona sobre otra y por lo mismo, la interacción social consumada siempre se traduce en una expresión de poder. Así, la persona, el grupo social o la clase social que admite y cumple una orden, un mandato o cualquier otra acción que provenga de otra persona, grupo social o clase social, se coloca por debajo de quien ejerció esa influencia y, definitivamente, le reconoce superioridad. En ese sentido existen tantas especies de poder como tipos de en que pueden ser agrupadas las actividades del ser humano. Si la interacción consumada se produce en relaciones familiares, afectivas, intelectuales, ideológicas, económicas y políticas, el poder

³⁵ Ibidem. Pág. 26.

³⁶ Sánchez, Enrique, *Derecho Constitucional*, Porrúa. México, 2004, Pág. 10.

tendrá la naturaleza de la relación, así tenemos poder puede ser familiar, afectivo, intelectual, ideológico, económico o político.³⁷

1.3.3. PODER DEL ESTADO

André Hauriou determina que el Poder del Estado lleva el nombre de poder público, que se caracteriza por un poder de superposición y de centralización, un poder político, un poder civil, un poder temporal, un poder monopolizador de la coerción material, un poder soberano.³⁸ Poder que cuenta con las siguientes características:

a).-Es centralizado y de superposición, porque se concentra en el Estado mismo y está por encima de todos los ciudadanos.

b).-Es político, ya que no es patrimonial, se trata de un poder de arbitraje, cuya obediencia está asegurada por sanciones que afectan al individuo.

c).-Es civil, ya que el poder del Estado, es un poder organizado para la paz y, consiguientemente, ejercido por personas civiles. Se encuentra separado del poder militar.

d).-Es temporal, lo que implica una separación entre el poder civil y el poder religioso. Permite la distinción entre el dominio espiritual y el dominio civil, ya que éste último recae sobre los intereses civiles y su dirección se asegura con la ayuda de sanciones materiales.

e).-Es monopolista, ya que el Estado es el único ente facultado de la fuerza o coerción material para hacer cumplir sus determinaciones.³⁹

³⁷ Ibidem. Págs. 10 y 11.

³⁸ Hauriou, André, Op. Cit., Pág. 130.

³⁹ Cfr. Ibidem. Págs 130 a 143.

1.3.4. PODER POLÍTICO

En relación a este concepto Karl Loewenstein señala lo siguiente: el poder político, como todo poder, puede ser conocido, observado, explicado y valorado solo en lo que concierne a sus manifestaciones y resultados. Sabemos, o creemos saber, lo que el poder hace, pero no podemos definir su substancia y su esencia⁴⁰.

De igual forma establece que el poder está empleado como un concepto estrictamente neutral funcional y libre de cualquier valoración. Señala que la sociedad considerada como un todo, es un sistema de relaciones de poder cuyo carácter puede ser político, social, económico, religioso, moral o cultural o de otro tipo. En la sociedad estatal, el poder político aparece como el ejercicio de un efectivo control social de los detentadores del poder sobre los destinatarios del poder, es decir, es la facultad de los detentadores del poder, de tomar o determinar una decisión y en la capacidad de estos detentadores de poder de obligar a los destinatarios del poder a obedecer dicha decisión como si fuese una orden. Lo anterior constituye un proceso político que tiene tres momentos fundamentales que son: el origen del poder, el ejercicio del poder y los fines del poder.⁴¹

Por su parte André Hauriou señala que el poder es una energía de la voluntad que se manifiesta en quienes asumen la empresa del gobierno de un grupo humano y que les permite imponerse gracias al doble ascendiente de la fuerza y de la competencia. Cuando no está sostenido más que por la fuerza, tiene el carácter de poder de hecho, y se convierte en poder de derecho por el consentimiento de los gobernados.

⁴⁰ Loewenstein, Op. Cit., 1976, Pág.25.

⁴¹ Ibidem. Págs. 27 y 28.

De la anterior definición, se pueden extraer las siguientes proposiciones:

1º El poder es inherente a la naturaleza humana

2º Es creador de organizaciones sociales

3º Comprende dos elementos: dominación y competencia.

4º En el grupo en el que se ejerce, sufre normalmente una evolución que lo transforma de poder de hecho en poder de derecho.⁴²

Determina que el poder político, establece, pues, en todas las sociedades, una distinción entre los que conducen la sociedad –los gobernantes- y los que son conducidos –los gobernados-. Los que ejercen una acción sobre otros hombres, los que les impulsan a adoptar tal o cual actitud o, por el contrario, a abstenerse en tal o cual circunstancia, son considerados detentadores de poder⁴³

Según Ferdinand Lassalle hay dos especies de Poderes: a).-El poder organizado, que se caracteriza por su mayor eficacia, en virtud de su precisión, disciplina y posibilidad de aplicación en el instante requerido; todo lo cual potencia la fuerza de que cuantitativamente se compone; un ejemplo es el ejército; b).-El poder no organizado, cuyos cometidos no son fáciles de precisar, es un poder impreciso e inseguro, débil y poco eficaz, desde el punto de vista cualitativo, aún cuando cuantitativamente sea extenso, un ejemplo es la nación o ciertos grupos sociales.⁴⁴

1.4. ESTADO

1.4.1. CONCEPTO ETIMOLÓGICO

⁴² Hauriou, André, Op. Cit., Págs. 123 y 124.

⁴³ Ibidem. Pág. 20.

⁴⁴ Cfr. Lasalle, Ferdinand, Op. Cit., Pág 97 y 98.

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el vocablo Estado proviene del latín *status*, que significa una situación en que está una persona o cosa, y en especial cada uno de los sucesivos modos de ser de una persona o cosa sujeta a cambios que influyen en su condición. En materia de política se entiende como el cuerpo político de una nación.

1.4.2. CONCEPTO GRAMATICAL

En sentido gramatical estado es una situación en que está una persona o cosa, y en especial cada uno de los sucesivos modos de ser de una persona o cosa sujeta a cambios que influyen en su condición. Así también encontramos que el Estado puede ser entendido como un organismo, como una expresión del espíritu, una institución, una corporación y como un sistema normativo.⁴⁵

1.4.3. CONCEPTO JURÍDICO-POLÍTICO

Para André Hauriou el Estado ha tomado en el lenguaje corriente las siguientes acepciones:

*En primer término, en su acepción más amplia, el término Estado designa una colectividad organizada cuyo soporte social esta constituido, en general por la Nación.

*En segundo término, en sentido estricto, el Estado indica, en esta sociedad política, los poderes públicos, los gobernantes, en relación a los gobernados.

*En tercer término, aún más estricto; la palabra Estado designa en el seno de los poderes públicos al elemento central, por oposición a las colectividades públicas locales, provincias, municipio, organismos públicos.

De igual forma señala que el Estado es una agrupación humana, fijada en un territorio determinado y en la que existe un orden social, político y jurídico

⁴⁵ Bringas, Enrique, Op. Cit. , Pág. 15

orientado hacia el bien común, establecido y mantenido por una autoridad dotado de poderes de coerción.

Señala que de dicha definición se desprende la existencia de cuatro elementos del Estado y que son los siguientes:

1º una agrupación humana;

2º un territorio sobre el que esté fijo el grupo;

3º un poder que dirige al grupo

4º un orden económico, social, político y jurídico a cuya realización se dedica el poder ⁴⁶

Por su parte para Manuel García Pelayo el Estado es una organización que tiene por objeto asegurar la convivencia pacífica y la vida histórica de un grupo humano. La convivencia pacífica es la eliminación de la violencia de las relaciones entre los individuos y grupos que forman la población de un Estado, que se logra cuando el Estado por medio del poder es capaz de asegurar la vigencia de un orden jurídico en cuyo marco se desarrolla la convivencia. La vida histórica es decidir su propio destino, según las posibilidades de una situación, esto se logra a través de una organización y conexión de las acciones humanas en orden a aparecer como una unidad efectiva de poder, y por tanto, de decisión, frente a otros Estados. Considera que el Estado se manifiesta como una unidad de poder. Mas tal poder necesita ser ejercido por alguien y, para ser eficaz, estar organizado bajo ciertas reglas. En consecuencia, es esencial a la vida del Estado establecer: a).-Quiénes están llamados a ejercer el poder; b).-con arreglo a que principios orgánicos; c).-según qué métodos; d).-con qué limitaciones. ⁴⁷

⁴⁶ Ibidem, Págs. 113 y 114.

⁴⁷ García, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Manuales de la Revista de Occidente, Barcelona, 1964, Pág. 19.

1.5. ESTADO DE DERECHO

El autor Enrique Quiroz Acosta determina que el Estado de Derecho, implica concebir un sistema normativo con características específicas, entre las que se señalan las siguientes:

- a).- Que limite a la autoridad para que los individuos cuenten con garantías frente al poder;
- b).- Que ese sistema normativo organice al Estado; y, en complemento e, incluso, derivación de ambos;
- c).- Que haya en ese Estado un régimen de libertades y un régimen de seguridad jurídica.⁴⁸

Al estudiar el libro “El Estado del Derecho” de Michel Miaille, Miguel Covián Andrade, establece que los elementos propios del Estado de Derecho son los siguientes:

- A).- La titularidad de la soberanía recae en el pueblo.
- B).- El origen del poder coactivo del Estado no es divino ni hereditario, sino popular.
- C).- Los órganos del Estado están integrados por representantes populares.
- D).- El hombre y el ciudadano poseen derechos fundamentales que la ley tutela y garantiza.
- E).- El ejercicio del poder se distribuye entre órganos jurídicamente estructurados y dotados de competencias limitadas.
- F).- El poder del Estado se ejerce por definición de manera limitada.

⁴⁸ Quiroz, Enrique, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Porrúa, México, 1999, Pág.11.

G).- Es precisamente el Derecho el que fija los límites del poder, esencialmente por medio de dos instituciones, a saber: 1.- Los Derechos del hombre y del ciudadano; y 2.- La división de poderes.

H).- Toda estructura se consagra en una constitución, ley fundamental del Estado y marco de referencia de la validez y de la legalidad del orden jurídico y del ejercicio del poder público.

I).- La Constitución determina la génesis, el ejercicio y los límites del poder del Estado.

J).- Los órganos del poder público y los ciudadanos están sometidos a ella.

K).- Todos los actos de autoridad deben respetar los términos constitucionales de forma (estructura de los poderes), de fondo (competencia de cada órgano) y de legalidad (respecto al contenido de las normas).

L).- Las transformaciones del orden constitucional, son reguladas previamente por la propia constitución.

Todos estos principios tienen un propósito común que es la esencia del nuevo paradigma del Estado: limitar el ejercicio del poder político.⁴⁹

1.6. DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Es connatural a la formación de la Constitución la predisposición de mecanismos dirigidos a garantizar su observancia y supervivencia. En efecto, aunque puedan variar las justificaciones ideológicas de una Constitución-y, por ende, las formas de Estado correspondientes-es cierto que las fuerzas políticas que adoptan una Constitución miran a asegurar mediante ella la estabilización con el fin de perpetuarse.⁵⁰

⁴⁹ Covián, Miguel, *Teoría Constitucional*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C. México, 2002, Pág.10.

⁵⁰ De Vergottini, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, Espasa Calpe, Madrid, 1933, Pág. 183.

Así tenemos que, al ser la Constitución, la norma suprema del Estado, ya que define su modo de ser y contiene las decisiones políticas fundamentales que el propio Estado ha tomado, debe existir una defensa y protección de la Constitución. Así la defensa de la constitución se procura mediante un conjunto de procesos normativos de diversa estructura orgánica y ámbito competencial, cuyos supuestos de aplicación y efectos jurídicos difieren o varían en cuanto a su contenido y alcances. La defensa de la constitución pretende conservar el estado de constitucionalidad o la observancia de las normas constitucionales antes de que éstas sean quebrantadas, previniendo este hecho, o una vez que han sido violentadas, destruyendo las consecuencias del acto violatorio. Este último efecto, es decir, la anulación del acto anticonstitucional, lo logra precisamente mediante el control de la constitucionalidad. Luego, el “control” es un medio de “defensa de la constitución”, entre otros más, o si se quiere una de sus especies. La “defensa” es el género y el control es la especie.⁵¹

Para concluir se señala que Hans Kelsen establece que Defensor de la Constitución significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones.⁵²

1.7.GARANTÍAS DE LA CONSTITUCIÓN

Manuel Aragón señala que la garantía en sentido *lato*, es el medio a través del cual se asegura el cumplimiento de obligaciones (desde el punto de vista subjetivo) o de normas o principios (desde el punto de vista objetivo). Las garantías constitucionales son, en consecuencia, los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de la Constitución. En definitiva, las

⁵¹ Covián, Miguel, *Control de la Constitucionalidad en el Derecho Comparado*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C, México, 2001, Págs. 239 y 240.

⁵² Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995, Pág 3.

“garantías constitucionales” son un tipo de garantías objetivas, que aseguran el cumplimiento de las normas y principios constitucionales.⁵³

Por su parte Hans Kelsen establece que las garantías de la Constitución, son instituciones por medio de las cuales se controla la constitucionalidad del comportamiento de ciertos órganos del Estado inmediatamente subordinados a ella. La Constitución debe tener una función política consistente en poner límites jurídicos al ejercicio del poder, así la Garantía constitucional significa generar la seguridad de que esos límites jurídicos no serán transgredidos.⁵⁴

1.8. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PODER POLÍTICO

Sobre el particular se transcriben los criterios de los siguientes autores :

Para Ignacio Burgoa el Sistema de Control Constitucional, es un régimen que tiene por finalidad específica invalidar actos de autoridad y leyes que sean contrarios a la Ley fundamental. Por consiguiente, las instituciones jurídico-políticas que persigan su salvaguardia sin que aún exista un acto del poder público ya vigente en la vida del Estado, es decir, que se trate de un acto *in potentia* que pudiese o no vulnerar la Constitución una vez que se realice, no deben merecer el calificativo de sistemas de control de la constitucionalidad, bajo el concepto estricto que se ha expuesto. La infracción a la Constitución debe ser actual, no potencial. Por lo tanto mientras no se cometa por cualquier acto de autoridad, no puede hablarse de control constitucional, pues este no puede existir ni ejercitarse frente a un ataque que aún no se efectúa.⁵⁵

Es importante señalar que se difiere con el concepto del distinguido jurista mexicano, en virtud de las siguientes consideraciones de derecho:

⁵³ Cfr. Aragón, Manuel, *Constitución y Control del Poder*, Ediciones Ciudad Argentina, España, Pág. 87.

⁵⁴ Kelsen, Hans, Op. Cit. Págs. 4 y 5.

⁵⁵ Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, México 1995, Porrúa, Pág.168

En primer término, en relación con el objeto del control de la constitucionalidad, se señala que no sólo los actos de autoridad pueden ser contrarios a la Constitución, sino que también las omisiones de la autoridad pueden ser contrarias a la norma constitucional. A fin de comprobar la anterior afirmación se toma como ejemplo las llamadas garantías sociales, mismas que presuponen una obligación del Estado consistentes en un hacer y en este sentido el incumplimiento por parte del Estado se traduce en una omisión contraria a lo establecido en la norma constitucional y que en consecuencia dicha omisión debe ser controlada a efecto de garantizar y proteger a la propia Constitución.

En segundo término, en relación con el momento en que se puede ejercer el control de la constitucionalidad, se establece que contrario a lo que el distinguido jurista señala en el sentido de que el control únicamente puede llevarse a cabo una vez que el acto del poder público esté vigente en la vida del Estado, se considera que la verificación de los actos del poder político, llámense normas generales, tratados internacionales, reglamentos, entre otros, se puede realizar antes de su vigencia formal, tal y como sucede en Francia, España, Colombia, Alemania y en otros países que cuentan con un control de la constitucionalidad de carácter preventivo y que permiten evitar se viole la norma constitucional aún antes de que entre en vigor.

Por su parte, Karl Loewenstein señala que la Constitución es el dispositivo fundamental para el control del proceso de poder. De igual forma señala que para poder determinar que un sistema político es democrático constitucional se requiere que existan instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político este distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de los cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder, ello

en atención a que en la naturaleza humana es imposible una autolimitación.⁵⁶ Asimismo señala que el Estado constitucional se basa en el principio de la distribución de poder. La distribución de poder existe cuando varios e independientes detentadores del poder u órganos estatales participan en la formación de la voluntad estatal. Las funciones que les han sido asignadas están sometidas a un respectivo control a través de los otros detentadores del poder; como está distribuido, el ejercicio del poder político necesariamente está controlado.⁵⁷

Para Joaquín Brage Camazano, el control de constitucionalidad, supone realizar un contraste entre una norma legal y otra constitucional, para determinar si la primera, en cuanto que norma jerárquicamente inferior, es compatible con la segunda o si, por el contrario, la contraría, en cuyo caso el órgano de constitucionalidad habrá, en principio, de declararla inconstitucional e inválida. Señala que la labor desarrollada por medio del control de la constitucionalidad no es, pues, una actividad libre, sino vinculada y vinculada precisamente por el texto constitucional, pues sólo cuando el juicio de contraste determina que la ley contraría a la Constitución, es posible la declaración de inconstitucionalidad. Así pues, la norma con la que se pone en contraste la ley impugnada es la Constitución.⁵⁸

Sobre el particular, el Maestro Miguel Covián Andrade manifiesta que el control de la constitucionalidad, es un término constitucional que significa conformidad o correspondencia con la Constitución, por lo que consecuentemente la constitucionalidad es la conformidad entre lo que se mide y la Constitución, la cual es la medida o punto de referencia para determinar lo que es constitucional y lo que es “anticonstitucional”, o lo que es y lo que no es constitucionalmente

⁵⁶ Cfr. Loewenstein, Op. Cit., 1976, Pág. 149.

⁵⁷ Ibidem. Pág. 50.

⁵⁸ Brage, Joaquín, La acción de inconstitucionalidad, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000, Págs. 167 y 168.

válido. Asimismo considera que lo que se mide es el poder político que se materializa a través de las decisiones de los detentadores del poder autorizados jurídicamente para actuar, las cuales para ser válidas deben corresponder a lo que establecen la Constitución y las normas constitucionales, por lo que en esos términos el objeto de control de la constitucionalidad es el poder político y su propósito es corroborar la correspondencia entre éste y la Constitución, de tal manera que si se determina que ésta existe, la manifestación del poder será constitucionalmente válida, en cuanto a sus orígenes, su ejercicio o a sus fines, mientras que si se da el caso contrario, la decisión del detentador formal de poder será anulada por ser anticonstitucional. Finalmente señalamos que dicho autor considera que el nombre completo de esta área del Derecho constitucional, debe ser “control de la constitucionalidad del poder político en cuanto a su origen, ejercicio y sus fines”.⁵⁹

Finalmente se concluye que el Control de la Constitucionalidad, es un medio de defensa de la Constitución, que consiste en la verificación de la conformidad formal y material de los actos u omisiones de la autoridad estatal con la Constitución, con el objeto de prevenir u corregir los actos u omisiones contrarios a la Norma Constitucional y con la finalidad prístina de controlar a los órganos constituidos que detentan el poder.

1.9. CONTROL DE LA LEGALIDAD

El control de la legalidad es la verificación y/o comprobación de la conformidad de los actos de los órganos constituidos con la a la Ley, a través de instrumentos jurídicos, que tienen una doble finalidad de prevenir u corregir esos actos ilegales y controlar a los órganos constituidos que detentan el poder. Así

⁵⁹ Cfr. Covián, Miguel, *La Suprema Corte y el Control de la Constitucionalidad*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C. México, 2005, Pág. 8 a 11.

tenemos que cualquier persona que considere que una norma inferior a la ley le ha sido aplicada en su perjuicio; o que en el desahogo de una controversia no se han respetado las leyes procesales; o que, en fin, la aplicación de una ley no corresponde a la causa que se ventila, puede demandar ante un tribunal competente la anulación de la resolución que le afecta, por ser ilegal.⁶⁰

En esos términos debemos distinguir entre el control de la constitucionalidad y de la legalidad, el primero es la verificación y/o comprobación de la concordancia de los actos y omisiones de los órganos constituidos con la norma constitucional y el segundo es la verificación y/o comprobación de la concordancia de los actos y omisiones de los órganos constituidos con la ley. A manera de ejemplo se señala que se puede controlar la constitucionalidad de una ley, lo que significa que se puede comprobar y/o verificar la conformidad de una ley con la Constitución, de igual forma se puede controlar el acto de aplicación de una ley, lo que significa que se puede verificar y/o comprobar que la aplicación de una ley a un caso concreto sea conforme a lo establecido en la propia ley.

Finalmente se señala que los instrumentos o mecanismos de control de la legalidad no pueden juzgar el contenido de la ley, ni mucho menos verificar o comprobar su conformidad con la Constitución.

1.10. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Esta expresión es inadecuada para denominar al área de estudio que nos ocupa porque la connotación del término “justicia” es imprecisa y variable, circunstancia que impide entender exactamente que significa la justicia constitucional. La esencia del control de la constitucionalidad no se expresa adecuadamente

⁶⁰ Covián, Miguel, *Teoría Constitucional*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C. México, 2002, Pág.

cuando se substituye esta denominación por la de “justicia constitucional”, la cual en el mejor de los casos, hace de pensar de inmediato en los “procesos establecidos en la constitución para hacer justicia”, idea que obviamente no corresponde al término “control de la constitucionalidad”.

De igual forma existen otros términos inadecuados dentro de la Ciencia Constitucional y relacionados con los medios de Defensa de la Constitución, mismos que a continuación se señalan y se critican.

Derecho procesal constitucional, ésta expresión también es incorrecta y en gran medida se relaciona con la anterior. El control de la constitucionalidad no es equivalente a los “procesos constitucionales”, porque éstos son sólo una parte de los sistemas de control. Cuando se habla del Derecho procesal constitucional se hace referencia solamente a los procesos establecidos en las normas constitucionales para aplicar el control de la constitucionalidad, pero no al órgano facultado para ejercer la competencia de control, ni a los recursos o medios de control, sin los cuales no tendrían sentido los procedimientos. Para que existan los procesos constitucionales se necesita la materia constitucional, lo que equivale a decir que se requiere el control de la constitucionalidad. Esto mismo puede decirse prácticamente de cualquiera área del Derecho, en la cual los procedimientos serán siempre la parte adjetiva de las normas jurídicas substantivas correspondientes. No puede haber Derecho procesal penal, si no existe Derecho Penal, ni Derecho procesal civil, sin Derecho civil. En realidad, El “Derecho procesal constitucional” es en general, el Derecho procesal de la constitución y específicamente, el Derecho procesal del control de la constitucionalidad, lo cual demuestra que en este caso, el control de la constitucionalidad es el todo y los procedimientos para aplicar los medios de control son la parte. A todo lo anterior debe agregarse que existen procesos y procedimientos constitucionales que no se refieren al control de la constitucionalidad, como el juicio político y el relacionado con la elaboración de

leyes, respectivamente, los cuales tendrían que ser materia del “Derecho procesal constitucional”, pero que obviamente, no forman parte del control de la constitucionalidad, razón suficiente para entender que una y otra expresiones no son equivalentes.

Control de la Constitución, ésta expresión tampoco es correcta, ya que lo que se controla no es la Constitución, sino la constitucionalidad de los actos u omisiones de los órganos constituidos. Esto significa que quien emplea este término desconoce tanto la esencia, como la teleología del control de la constitucionalidad. La constitución es el punto de referencia del control de la constitucionalidad, pero no su objeto, ni su materia. La constitución no se controla, sino se protege mediante el control de la constitucionalidad. La expresión de “control de la constitución” implica que lo que se protege es algo distinto y ésta se compara con ese algo, para comprobar su correspondencia, siendo que en realidad el control de la constitucionalidad es la conformidad de las decisiones de los detentadores formales del poder político, precisamente con la constitución.

Control constitucional, ésta expresión es la que aparentemente se acerca más al término correcto, pero si se la analiza con cuidado, se llega a la conclusión de que también es errónea. Lo que se considera “constitucional” puede ser tanto lo que está en la constitución, como lo que se refiere a la constitución, lo que tiene jerarquía constitucional y lo que está de acuerdo a la Constitución. El Derecho “constitucional” se refiere a las normas jurídicas establecidas en la Constitución. Una norma es “constitucional” porque tiene una jerarquía superior a la de las leyes ordinarias. Una ley es “constitucional” si no contraviene lo previsto en la Constitución y por lo tanto, no es anticonstitucional, sino constitucionalmente válida. De estos significados, sólo el cuarto se refiere al control de la constitucionalidad, porque califica a la ley o a cualquier otra decisión, en cuanto a su correspondencia con la Constitución y entonces el “control constitucional”

permite determinar qué es y qué no es constitucionalmente válido. No obstante que con base en lo anterior la expresión “control constitucional” podría parecer aceptable si su significado fuera el señalado en el cuarto lugar, si es analizada con cuidado resulta errónea, precisamente, porque el término “constitucional” es confuso y vago, cuando se utiliza para hacer referencia al control, porque puede tener cualquiera de estos cuatro significados. Esto quiere decir que el adjetivo “constitucional” califica al “control”, de manera que no se sabe si el control está en la Constitución, se refiere a la Constitución, es de jerarquía constitucional o determina la constitucionalidad del poder político. El cuarto sentido de este adjetivo es el único que hace referencia al control de la constitucionalidad y sin embargo, paradójicamente, es el que permite determinar que la expresión de “control constitucional” es errónea. En efecto, el “control constitucional” no es equivalente al control de la constitucionalidad porque la calificación del control mediante el término “constitucional” lo que determina es que el control es constitucionalmente válido o que se ejerce conforme a la Constitución, lo cual es diferente al control de la constitucionalidad, porque ahora la medida del control es la Constitución y el objeto de control, es el control mismo. Como el control de la constitucionalidad no es el único tipo de control establecido en la Constitución, porque por ejemplo, puede establecerse también el control político del parlamento sobre el gobierno, entonces la expresión “control constitucional” resulta equívoca, toda vez que el control político también es “control constitucional”, en la medida en que este tipo de control, igualmente debe ejercerse conforme a la Constitución, lo que equivale a decir que tiene que ser un control constitucionalmente válido.⁶¹

1.11. LA CONSTITUCIÓN COMO PARÁMETRO DE CONTROL

⁶¹Cfr. Covián, Miguel, *La Suprema Corte y el Control de la Constitucionalidad*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C. México, 2005, Pág. 8 a 11.

Al ser la Constitución la estructura jurídica que contiene las decisiones políticas fundamentales que han tomado los factores reales de poder y que definen el ser y modo de ser del Estado, es la propia constitución el parámetro contra el cual tienen que medirse los actos u omisiones de los órganos constituidos en el ejercicio del poder y respecto del cual tiene que demostrar su conformidad.

1.12. INCONSTITUCIONALIDAD

La inconstitucionalidad de los actos de los órganos constituidos e incluso de sus omisiones, presupone que una vez que éstos han sido sometidos a la comprobación y verificación de su conformidad con la constitución puede existir una inconstitucionalidad formal, que presupone se ha violado el procedimiento previsto en la Constitución o bien una inconstitucionalidad material que presupone que el contenido de dicho acto vulnera la norma constitucional. Dentro de éste concepto debemos incluir tantos los actos contrarios a la Constitución, como los actos que escapan o están fuera de la norma constitucional.

1.13. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

Finalmente después de estudiar los conceptos de Constitución, Estado y Poder, el presente trabajo busca definir científicamente el objeto de estudio llamado Constitución, en su esencia y substancia, dejando de lado la forma que ésta pueda adoptar, sus características o como debe de ser.

En primer término se menciona que el concepto de Hans Kelsen es criticable dado que establece que nuestro objeto de estudio tiene dos sentidos: el formal y el material, y que en el sentido formal, la Constitución es un documento

solemne, es decir, identifica el objeto de estudio con un documento escrito, situación que es inexacta porque existen países como el Reino Unido, que carecen de un documento escrito, por lo que de seguir el pensamiento del citado autor, llegaríamos a la conclusión de que dicho país, carece de una Constitución, sin embargo en la realidad sabemos que el Reino Unido cuenta con una Constitución no escrita, en atención a su sistema consuetudinario de derecho. Con lo antes expuesto se arriba a la conclusión de que el famoso tratadista confunde lo que es una Constitución en esencia, con la forma que puede adoptar nuestro objeto de estudio. Siguiendo esta línea otros autores han distinguido entre constitución material y formal, concibiendo a la primera como el conjunto de normas jurídicas supremas de un Estado que se estructura por una parte dogmática que consagra las garantías individuales y otra orgánica, que establece la división de poderes, distinción con la cual de nueva cuenta se analiza la forma y no la esencia de lo que es una Constitución, porque considerar que una Constitución es conjunto de normas jurídicas que se estructura con una parte dogmática, es hasta cierto punto criticable toda vez que en la actualidad existen normas constitucionales que carecen de esa parte dogmática, como es el caso de la actual Constitución de Francia que en su texto no consagra garantía individual alguna a favor de los ciudadanos franceses, circunstancia que de ninguna manera permite considerar que dicha norma constitucional no sea considerada como una Constitución, ya que lo cierto es que dicho documento sí es la expresión de las decisiones políticas fundamentales del Estado Francés. Finalmente es de concluir que existe el error generalizado consistente en confundir la esencia de la Constitución, con la forma que adopta la Constitución, el ser o la realidad política que debe reflejar la Constitución, con el deber ser o la normatividad que puede contener la Constitución, situación que impide la construcción de una definición científica del término Constitución.

Tal como Ferdinand Lasalle lo estableció en su célebre obra *¿Qué es una Constitución?* los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder; y una verdadera Constitución debe reflejar las necesidades y la voluntad de los factores reales de poder, lo que significa que la Constitución, no debe ser solo jurídica, sino que tiene que ser política.

Así se determina que la única idea correcta sobre lo que es una Constitución del Estado es la que la concibe ontológicamente, es decir, como un ser o una realidad. La única manera de concebir científicamente a la Constitución del Estado es entendiéndola antológicamente, como un ser, cuya esencia es real, política y no normativa.⁶²

Así que frente a la Constitución jurídica tenemos a la Constitución política del Estado. Al respecto se establece que a diferencia de la Constitución jurídica que únicamente contiene normas, es decir, un deber ser, la Constitución política del Estado es el reflejo de las decisiones políticas fundamentales de un Estado, que definen su ser y modo de ser.

Se definen como decisiones porque son los acuerdos, compromisos o soluciones que adoptan los factores reales de poder cuando aprueban o rechazan proyectos normativos o artículos constitucionales concernientes a la conformación política, económica y social básica del Estado y, dependen de lo que ellos quieran o pretenden que sea. La confrontación que se produce entre los intereses de unos y otros, no necesariamente coincidentes o compatibles, se resuelve mediante la toma de acuerdos y la conclusión de compromisos entre una o mas fuerzas políticas. Asimismo se confirma que se trata de decisiones porque esos acuerdos o compromisos son producto de un acto de voluntad, libre

⁶² Cfr. Covián, Miguel, *Teoría Constitucional*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C, México, 2001, Págs. 82 y 91.

y soberana de los factores reales de poder que no tiene límites, ni se enfrenta a condición alguna, salvo la cantidad de poder que detenta cada uno de ellos.

Son políticas, porque se trata de decisiones de los factores reales de poder por virtud de las cuales crean estructuras concretas, máxime que antes de aceptar acuerdos y someterse obligatoriamente a ellos, se toman acuerdos y antes de pensar en su forma jurídica, se decide su contenido político, económico y social, se determina sobre quien y de que manera ejercerá el poder en el Estado y de cual será su relación con los demás detentadores del poder y con sus destinatarios, esto es lo que le concede la naturaleza política.

Son fundamentales porque se trata de decisiones que se toman una vez y no se vuelven a adoptar hasta que se modifica esencialmente la existencia del Estado.⁶³

Finalmente se concluye estableciendo que al ser la Constitución, una realidad social, algo ontológico, no deontológico, la podemos definir como el conjunto de decisiones políticas fundamentales que definen el ser y modo de ser del Estado, tomadas por los factores reales de poder representados y reunidos en un congreso constituyente.

⁶³ Cfr. *Ibidem*, Págs. 87 a 92.

CAPÍTULO 2

CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

2.1. CONCEPTO DE CONTROL

Según Manuel Aragón, la palabra control proviene del término *latito fiscal medieval contra rotulum* y de ahí pasó al francés *contre-role* (Controle), que significa literalmente contra libro, es decir, libro registro que permite contrastar la veracidad de los asientos contrastados en otros. El término se generalizó, poco a poco hasta ampliar su significado al de fiscalizar, someter, dominar, etc., aunque suele decirse que en el idioma inglés control se refiere a dominio, a diferencia de lo que ocurre en francés, en el que el término se restringe más bien a comprobación, lo cierto es que la amplitud del significado se manifiesta en ambos idiomas, y en otros. En inglés significa mando, gobierno, dirección, pero también freno y comprobación; en francés, registro, inspección, verificación, pero también vigilancia, dominio y revisión. En alemán (Kontrolle), comprobación, registro, vigilancia, pero también intervención, dominio y revisión; en italiano (controllo), revisión, inspección, verificación, pero también vigilancia, freno y mando.¹

2.2. CONCEPTO DE LIMITACIÓN

Gramaticalmente es la acción de limitar, es decir, de fijar o señalar límites. Entendiendo por límite, la línea visible o imaginaria que señala el fin de algo o la separación entre dos cosas.

El poder político se limita a través de la distribución de su ejercicio entre los diversos detentadores de poder, que en lugar de monopolizar el referido

¹ Aragón, Manuel, *Constitución y Control del Poder*, Ediciones Ciudad Argentina, España, Págs. 69 y 70.

ejercicio del poder, se encuentran obligados a cooperar en el ejercicio del poder político.

Tal como atinadamente lo estableció Karl Loewenstain: “Allí donde el poder esta distribuido, el dominio esta limitado y ésta limitación trae consigo mismo restricción y control”² De igual forma señaló que el Estado exige de manera imperativa que el ejercicio del poder político, tanto en interés de sus detentadores como de sus destinatarios, sea restringido y limitado, lo anterior en atención a la naturaleza humana, que hace imposible un autocontrol, por lo que dicha limitación deberá ser introducida en el proceso del poder desde afuera, en este tenor debemos entender que limitarlo, es limitar a sus detentadores, en aras de garantizar la libertad de los destinatarios del poder.³

Por su parte y de manera coincidente Manuel Aragón, señala que limitación y control se presentan, pues, como dos términos fuertemente implicados, en cuanto a que el segundo viene a garantizar, precisamente la vigencia del primero. Asimismo señala que el Poder limitado es en consecuencia poder controlado, pues limitación sin control significa sencillamente un contrasentido, es decir, una limitación inefectiva o irrealizable.⁴

Respecto de las limitaciones del poder, Manuel Aragón distingue a las limitaciones de poder en institucionalizadas y no institucionalizadas; establece por una parte que las Institucionalizadas: son aquéllas que se encuentran vigiladas por controles institucionalizados ya sean políticos y/o jurídicos, como es la reserva de ley que es una garantía del principio constitucional de la división de poderes, por otra parte las no institucionalizadas: son aquéllas que se encuentran vigiladas por controles no institucionales, que se caracterizan

² Loewenstein, Op. Cit., Pág. 150.

³ Cfr, Ibidem. Pág. 29.

⁴ Cfr. Aragón, Manuel, Op. Cit. , Pág. 81.

por ser generales y difusas como lo son el juego de la opinión pública, la prensa y los grupos de presión.⁵

2.3.DIFERENCIA ENTRE CONTROL Y LIMITACIÓN CONSTITUCIONAL

Como ha quedado señalado en el punto que antecede, el control de la constitucionalidad del poder político, es la verificación, comprobación, inspección y/o vigilancia de los actos u omisiones de los órganos constituidos, contra la norma constitucional de un Estado.

Por su parte la Limitación Constitucional, es la distribución del ejercicio del poder político entre los diversos detentadores de poder, que se encuentran obligados a cooperar en el ejercicio del poder político, obligación que tiene su fundamento en la Constitución.

2.4. EL CONTROL COMO ELEMENTO INSEPARABLE DE LA CONSTITUCIÓN

El Estado Constitucional contemporáneo, se caracteriza por colocar en la cúspide del orden jurídico a la Constitución, concibiéndola como la norma suprema por ser la expresión de las decisiones políticas fundamentales que definen el ser y modo de ser del Estado.

A efecto de garantizar el cumplimiento de la Constitución, la amplitud de su interpretación e integración, así como el avance del Derecho Constitucional, se han creado mecanismos de control que permiten la verificación, comprobación, inspección y/o vigilancia de los actos u omisiones de los poderes constituidos, contra la norma constitucional de un Estado.

En este sentido el control como elemento inseparable de la Constitución, permite que el Estado esté controlado por el Derecho y que exista el Derecho

⁵ Cfr. Ibidem. Págs. 81, 82 y 88.

a controlar al Estado. Los instrumentos de control, permiten la existencia de un Estado Social y Democrático de Derecho.⁶

2.5. CONSTITUCIÓN

Si entendemos a la Constitución como la norma suprema que rige a un Estado, por ser la expresión de sus decisiones políticas fundamentales, debemos señalar que ésta tiene un doble carácter, uno instrumental y otro legitimador.

2.5.1. CARÁCTER INSTRUMENTAL

El carácter instrumental de la Constitución radica en la regulación de su estructura de una manera que permita incorporar un sistema de valores esenciales que permitan alcanzar los fines de todo Estado de Derecho, que son la justicia como función estatal, así como la libertad, igualdad y seguridad jurídica de los destinatarios del poder o gobernados.

2.5.2. CARÁCTER LEGITIMADOR

El carácter legitimador, radica en el hecho de que la Constitución, es la expresión libre y voluntaria de las decisiones políticas fundamentales del Estado. Entendiendo a Estado como la unidad política de un Pueblo, como el status político de un Pueblo, tal y como lo señala Carl Schmitt.⁷

2.6. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PODER POLÍTICO

⁶ Cfr. Ibidem. Pág. 64.

⁷ Cfr, Schmitt, Carl, Op. Cit., Pág. 106.

Tal y como ha quedado debidamente establecido en el presente ensayo, al ser la Constitución, la norma que contiene las decisiones políticas fundamentales de un Estado, es ella misma quien debe establecer los instrumentos necesarios y eficaces para controlar y restringir a los detentadores del poder en el ejercicio del poder político. En consecuencia la finalidad del control de la constitucionalidad de los actos u omisiones de los detentadores de poder u órganos constituidos en el ejercicio del poder político, es garantizar el respeto a las decisiones políticas fundamentales de los destinatarios del poder que están contenidas y consagradas en la Norma Fundamental.

Retomando lo anterior es evidente que el poder político se encuentra limitado y controlado por la propia Constitución, al ser ésta la expresión de las decisiones políticas fundamentales de un Estado, en esos términos el control de la constitucionalidad se realiza a través de mecanismos que deben juzgar, verificar, comprobar, inspeccionar y/o vigilar los actos u omisiones de los órganos constituidos, contra la norma constitucional de un Estado y que determinarán su validez o invalidez.

2.7. CONTROL POLÍTICO

En este tipo de control, quien realiza la verificación, comprobación, inspección y/o vigilancia de los actos u omisiones de los órganos constituidos, es un órgano político, distinto a los órganos constituidos, que está por encima de ellos o bien es alguno de los propios órganos constituidos.

Es importante destacar que en la mayoría de los casos el control político se realiza por un órgano político distinto a los órganos constituidos, como acontece en Francia, en donde el control de la constitucionalidad se realiza a través del Consejo Constitucional, ahora bien, en la minoría de los casos el control político se realiza por alguno de los propios órganos constituidos, como

acontece en Suiza, en donde en casos específicos, las Asambleas Parlamentarias tienen confiadas competencias de control previo sobre textos que no han elaborado, tal como ocurre, por ejemplo con la Asamblea Federal Suiza respecto de los Tratados concluidos por los cantones. Por último es importante destacar que en México también se ha realizado el control de la constitucionalidad a través de un Órgano político, denominado Supremo Poder Conservador establecido en la Constitución de 1836.

2.7.1. OBJETO

El objeto del control de la constitucionalidad realizado a través de un órgano político, son los actos u omisiones de los poderes u órganos constituidos. En relación con lo anterior, se destaca la postura del jurista Manuel Aragón, que señala: “El control político no tiene como finalidad la de controlar las producciones jurídicamente objetivadas del poder (que es la finalidad del control jurídico), sino la de controlar a los órganos del poder mismo, pero ese control se puede realizar directamente sobre el órgano o indirectamente a través de la actividad que ese órgano despliega. De tal manera que el objeto inmediato del control político puede ser un acto político concreto o una actuación política general e incluso una norma, pero al controlar ese objeto lo que en realidad se está controlando, a través de esa mediación es al órgano del que emana o al que es imputable”⁸.

Finalmente se concluye que el control político se ejerce sobre actos u omisiones de los poderes constituidos, de igual forma se controla la actividad general de un órgano (política de gobierno, por ejemplo) como en una actuación específica (la actividad sectorial del Gobierno, de otro órgano sometido a control), o en un acto político concreto⁹, e incluso se controlan los proyectos meros propósitos o simples intenciones de los órganos constituidos, es decir, se controla la actividad del poder constituido sometido al examen de

⁸ Aragón, Manuel, Op. Cit. , Pág. 147.

⁹ Cfr. Ibidem. Pág. 148.

constitucionalidad, concluyendo que se controla al poder constituido en sí mismo.

2.7.2 AGENTES

En este tipo de control, el agente puede ser un órgano político, distinto a los órganos constituidos y que está por encima de ellos o bien el agente puede ser alguno de los propios órganos constituidos.

Este control de constitucionalidad se realiza a través de un órgano de naturaleza política. El órgano político se encuentra integrado por autoridades o sujetos de poder que gozan de una condición política. Este órgano se caracteriza por ostentar una situación de supremacía o jerarquía sobre los órganos constituidos cuyos actos u omisiones se controlan. La competencia de éste órgano se encuentra debidamente reconocida por el ordenamiento jurídico, es decir, el referido órgano posee una potestad jurídica establecida.¹⁰

2.7.3 MODALIDADES

Las modalidades de éste tipo de control dependen del órgano político que realice el control de la constitucionalidad.

Si el control de la constitucionalidad se realiza a través de un órgano político, el control podrá ser preventivo y sucesivo.

Si el control de la constitucionalidad se realiza a través de los propios órganos constituidos, el control únicamente podrá tener el carácter preventivo, ya que implica una comprobación de la constitucionalidad dentro del propio procedimiento y si se comprueba la inconstitucionalidad no se publicará ni entrará en vigor el acto.

¹⁰ Ibidem. Págs. 144 y 145.

2.7.4. CARACTERÍSTICAS

Las características del control de la constitucionalidad realizado por órgano político son las siguientes:

- 1.- La preservación de la Ley Fundamental se encomienda, bien a un órgano político distinto de aquéllos en quienes se depositan los tres poderes del Estado, o bien, se confía a alguno de éstos;
- 2.- La petición de inconstitucionalidad corresponde a un órgano estatal o a un grupo de funcionarios públicos, en el sentido de que el órgano de control declare la oposición de un acto de autoridad o una ley con la Constitución;
- 3.- Ante el órgano de control no se ventila ningún procedimiento contencioso (juicio o proceso) entre el órgano petionario y aquél a quien se atribuye el acto o la ley atacados;
- 4.- Las declaraciones sobre inconstitucionalidad tienen efectos *erga omnes* o absolutos.¹¹
- 5.- El juicio de constitucionalidad se caracteriza por ser subjetivo, por no existir un canon fijo y predeterminado de valoración, ya que éste descansa en la libre apreciación realizada por el órgano político.
- 6.- El juicio o valoración del objeto sometido a control está basado en razones políticas (de oportunidad).
- 7.- Carácter voluntario, lo que significa que el órgano o el sujeto controlante, es libre para ejercer o no el control y que, de ejercerse, el resultado negativo de la valoración no implica, necesariamente, la emisión de una sanción.

¹¹ Burgoa, Ignacio, Op. Cit., Pág.159.

8.- El carácter del órgano que ejerce el control es de naturaleza política.¹²

2.8. CONTROL SOCIAL

Es la verificación, comprobación y/o vigilancia de los actos u omisiones de los órganos constituidos contra la norma constitucional, que realizan los ciudadanos, grupos sociales, medios de información, la opinión pública e incluso medios no públicos de presión, a través de manifestaciones, presiones, la rebelión, derecho de resistencia, declaraciones de prensa, entre otros.

2.8.1. OBJETO

El objeto del control social, son los actos u omisiones de los órganos constituidos, a fin de verificar la constitucionalidad de los mismos.

2.8.2. AGENTES

Este control de la constitucionalidad se realiza a través de ciudadanos, grupo de ciudadanos o de diversa índole, medios de información, entre otros, así como por agentes políticos ya sean institucionalizados o no institucionalizados. Los agentes antes mencionados están legitimados para realizar un control de la constitucionalidad de los actos u omisiones de los órganos constituidos, pero carecen de una competencia formal, ya que su competencia no se encuentra debidamente reconocida por el ordenamiento jurídico, sino que se trata de una mera lícita y libre facultad.¹³

2.8.3. MODALIDADES.

¹² Cfr. Aragón, Manuel, Op. Cit. , Págs. 91, 92 y 93.

¹³ Cfr. Ibidem. Págs. 145 y 146.

El control social puede realizarse a través de: ciudadanos, grupo de ciudadanos o de diversa índole, mediante manifestaciones, boletines de prensa, rebelión o derecho de resistencia; de agentes políticos institucionalizados, como los partidos políticos mediante vías extraparlamentarias; o bien por agentes políticos no institucionalizados, como los propios órganos constituidos mediante presiones, declaraciones, manifestaciones, en contra de otro poder constituido.

2.8.4. CARACTERÍSTICAS.

El control social se caracteriza por:

- 1.- Tener un carácter difuso.
- 2.- Por tratarse de un control general.
- 3.- Por ser un control no institucionalizado.
- 4.- Por ser una garantía imperfecta.
- 5.- Por ser un derecho que carece de una competencia formal.
- 6.- Por realizarse sin necesidad de un procedimiento reglado.

2.9. CONTROL LEGISLATIVO

Es realizado por el poder legislativo y consiste en la verificación, comprobación y/o vigilancia de que los actos de creación de las leyes, así como el procedimiento de reforma constitucional realizados por los órganos constituidos, sean formal y materialmente acordes a la norma constitucional que es la expresión de las decisiones políticas fundamentales de un Estado.

2.9.1. OBJETO

El objeto del control de constitucionalidad realizado por un órgano legislativo, son la reforma constitucional y las leyes que emite el propio poder legislativo.

2.9.2. AGENTES

El órgano encargado del control de la constitucionalidad de las leyes, así como de la reforma constitucional, es el propio poder legislativo. Se destaca que dicho control supone que la propia Constitución autorregula su reforma mediante un procedimiento rígido, por virtud del cual salvaguarda su permanencia y la de cada uno de los preceptos que la integran, sin embargo, desde el punto de vista técnico y práctico el permitir que el órgano que emite el acto (la ley o reforma constitucional cuya constitucionalidad debe ser verificada) sea el mismo órgano que verifique la constitucionalidad, nos coloca en el caso de que el congreso o el parlamento sean simultáneamente jueces y partes, además es demasiado ingenuo creer que el propio órgano creador de la ley o de la reforma Constitucional, pueda llegar a determinar su inconstitucionalidad.

2.9.3. MODALIDADES

En el caso de México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece dos mecanismos de control de la constitucionalidad por órgano legislativo: El Proceso Legislativo y la Reforma a la Constitución.

El proceso Legislativo: es llamado también proceso de formación de la ley y debe entenderse como la serie ordenada de actos que deben realizar los órganos del gobierno facultados para ello, a fin de elaborar, aprobar y expedir una ley o decreto.

El proceso legislativo se encuentra contemplado y regulado en los artículos 71 y 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente. Éste se encuentra integrado por las siguientes fases: iniciativa; discusión,

aprobación o rechazo; sanción, promulgación o publicación e iniciación de la vigencia.

a).-Iniciativa.- De conformidad con el artículo 71 de Constitución vigente, tienen facultad de iniciativa: el Presidente de la República, los diputados y senadores del Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, y conforme al artículo 122 de la Carta Magna, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en cuanto a dicha materia. El segundo párrafo del artículo 71 de la Constitución vigente, dispone que las iniciativas presentadas por el Presidente de la República, por las legislaturas de los Estados, o por las diputaciones de las mismas, pasarán desde luego a la comisión y las que presentaran los diputados o senadores se sujetarán a los trámites que designe el Reglamento de Debates.

b).-Discusión y aprobación o rechazo.-El artículo 72 de la Constitución vigente, contiene las diversas hipótesis que pueden presentarse en el procedimiento de formación de la ley. En principio las iniciativas pueden presentarse ante cualquiera de las dos cámaras; la que conoce en primer término de la iniciativa se llama cámara de origen y la otra cámara revisora. El mismo precepto dispone que las iniciativas de leyes o decretos se discutirán preferentemente en la cámara en la que se presenten, a menos de que transcurra un mes desde que se pasen a la comisión dictaminadora sin que ésta rinda dictamen, pues en tal caso el proyecto puede presentarse y discutirse en la otra cámara.

1.-Presentado un proyecto de ley ante la cámara de origen y aprobado por ésta, pasa a la revisora, quien, en caso de aprobarlo también, lo deberá enviar al Ejecutivo para que éste, si no tuviese observaciones que hacer, lo publique inmediatamente.

2.-Si el proyecto de ley es desechado en la cámara de origen, no se puede presentar nuevamente sino hasta el siguiente período de sesiones.

3.-Si el proyecto de ley es aprobado en la cámara de origen, pero reprobado totalmente por la revisora, el proyecto vuelve con sus observancias a la de origen para ser discutido nuevamente por ésta, con ello se pueden presentar cualquiera de estos dos supuestos: a) que sea aprobado por la mayoría de los miembros presentes, caso en el cual regresará el proyecto a la revisora para que lo pondere nuevamente. Si la revisora también lo aprobase pasará al Ejecutivo para los efectos de su sanción, b)si en la segunda ponderación la revisora nuevamente lo rechaza, el proyecto no podrá volver a presentarse sino hasta el siguiente período de sesiones.

4.-Aprobado un proyecto de ley en la cámara de origen, pero desechado parcialmente, modificado o adicionado por la revisora, el proyecto debe regresar a la de origen, para que ésta discuta nuevamente sólo con respecto a lo rechazado parcialmente, modificado o adicionado, aquí se pueden presentar nuevamente dos situaciones: a) que la cámara de origen apruebe por mayoría absoluta de votos las observaciones de la revisora, caso en el cual el proyecto es enviado al Ejecutivo, y b) que la cámara de origen no éste de acuerdo con las observaciones de la revisora por el mismo margen de votación, por lo cual debe volver el proyecto a la revisora para una segunda ponderación. Si la revisora ya no insiste en sus observaciones el proyecto es enviado al Ejecutivo, pero si la revisora por la mayoría absoluta de los presentes insiste en su rechazo parcial, modificaciones o adiciones, el proyecto ya no puede presentarse sino hasta el siguiente período de sesiones.

5.-Cuando un proyecto de ley ya ha sido aprobado por las cámaras, debe pasar al Ejecutivo para los efectos de su sanción. Esta fase es lo que corresponde al derecho de veto. De acuerdo con el inciso b del artículo 72 de la Constitución se reputará aprobado por el Ejecutivo todo proyecto de ley no devuelto a la cámara de origen, con sus observaciones, dentro de los 10 días útiles siguientes a su recepción, a menos de que corriendo ese término el

Congreso hubiere concluido el período de sesiones, caso en el cual la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso este reunido.

Si el Ejecutivo vetare el proyecto de ley, éste regresará a la cámara de origen para ser discutido nuevamente, si fuese confirmado por esta cámara, es decir, si no se estuviese de acuerdo con las observaciones del Ejecutivo, por las dos terceras partes del número total de votos, el proyecto pasará a la revisora y si ésta también confirmara el proyecto por la misma mayoría, el proyecto se convierte en ley o decreto regresando al Ejecutivo para el sólo efecto de su publicación.

c).-Promulgación o publicación. Aprobada y sancionada una ley, el Ejecutivo tiene la obligación de ordenar su publicación a fin de que pueda ser conocida por quienes deben cumplirla. La publicación de la ley se hace en el Diario Oficial.¹⁴

La Reforma Constitucional: es la actividad normativa que modifica el propio texto fundamental, haciendo intervenir a los órganos que crean la ley y observando un procedimiento preestablecido. La reforma puede modificar, suprimir o sustituir un precepto por otro, así como revisar el orden constitucional en general.¹⁵

La Constitución Mexicana es de carácter rígido porque existen un órgano y un procedimiento especiales para la reforma de un precepto constitucional, además lo anterior se corrobora con la lectura del actual artículo 135 de la Constitución que establece: “La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes

¹⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, México 2007, Porrúa, Págs 3053, 3054, 3055 y 3056.

¹⁵ Fix-Zamudio, Hector, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, 2005, Porrúa, Págs. 103 y 104.

de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones y reformas.¹⁶

En el derecho comparado se pueden analizar tres modalidades del Control por parte del poder legislativo:

1.- El sistema parlamentario puro. En este sistema el poder legislativo controla la constitucionalidad de sus propias leyes (autocontrol) y de otras normas dictadas por organismos inferiores. Ejemplos: la Constitución de Bulgaria de 1971 que disponía que la suprema vigilancia sobre la observancia de la Constitución y de las leyes corresponde a la Asamblea Nacional y la Constitución de la República Popular de China de 1954, dispone que a la asamblea popular nacional le corresponde controlar la aplicación de la constitución.

2.- Sistema Parlamentario con órganos inferiores delegados o asesores. Estas modalidades eran las más aceptadas en la URSS y sus países satélites, por ejemplo, la Constitución de la URSS en 1977 disponía que correspondía al Presidente del Soviet Supremo controlar la observancia de la Constitución, y asegurar la correspondencia de las Constituciones y las Leyes de la Repúblicas Federadas por la Constitución y las Leyes de la URSS; y en el caso de la República Democrática Alemana, ninguna disposición podía oponerse a la Constitución y en caso de duda sobre su constitucionalidad, la cámara del pueblo resolvería, pero el consejo de Estado tenía el mandato de la constitución para la supervisión permanente de la Constitucionalidad y Legalidad del Tribunal Supremo y de la Fiscalía Federal, por último; en el caso de Polonia, su Constitución de 1976 señalaba que le correspondía al Consejo

¹⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, México 2007, Porrúa, Págs. 3226 y 3227.

de Estado elegido por el parlamento, velar por la concordancia de las leyes por la constitución.

3.- Sistema compartido entre el Ministerio Público y el Parlamento. Es el sistema seguido por la Constitución de Albania de 1976. Disponía que a la Asamblea del Pueblo le correspondía pronunciarse sobre la conformidad de las leyes con la Constitución; pero el Fiscal General presentaría ante la Asamblea del Pueblo y ante el Presidium, casos en los que las leyes y decretos no concordaran con la Constitución de 1976.

2.9.4. CARACTERÍSTICAS

Las características del control de la constitucionalidad realizado por órgano político son las siguientes:

- 1.-La preservación de la Constitución, se deposita en el poder legislativo.
- 2.- La petición de inconstitucionalidad corresponde a un órgano constituido, como lo es el propio poder legislativo.
- 3.- Ante el órgano de control no se ventila ningún procedimiento contencioso entre el órgano peticionario y aquel a quien se atribuye el acto o la ley atacados.
- 4.- El juicio o valoración del objeto sometido a control está basado en razones políticas.
- 5.-Es un mecanismo de autocontrol previsto por la propia Constitución.

2.10. CONTROL JURÍSDICCIONAL

En este tipo de control, un órgano jurisdiccional (ya sea un tribunal creado ex profeso para realizar dicha actividad, o bien cualquier tribunal jurisdiccional), es quien verifica, comprueba, inspecciona y/o vigila que los actos u omisiones de los órganos constituidos concuerden con la norma constitucional de un Estado.

En el control de la constitucionalidad ejercido por órgano jurisdiccional existen dos sistemas: el concentrado o austriaco y el difuso o americano.

En el caso del Sistema Concentrado, la verificación, comprobación, inspección y/o vigilancia de la conformidad de los actos u omisiones de los órganos constituidos con la norma constitucional de un Estado, se realiza a través de un órgano jurisdiccional creado ex profeso, tal y como aconteció con la Corte Constitucional Austriaca fundada en 1929. Por su parte en el Sistema Difuso, la verificación, comprobación, inspección y/o vigilancia de los actos u omisiones de los órganos constituidos con la norma constitucional de un Estado, se realiza a través de cualquier juez con motivo de un proceso judicial que se ventile ante el mismo, tal y como acontece en los Estados Unidos de Norteamérica.

2.10.1 OBJETO.

Son los actos u omisiones de los poderes u órganos constituidos. En el caso de México, el objeto del control de la constitucionalidad puede ser:

a) Control de Constitucionalidad de las leyes, de los reglamentos y de los actos con fuerza de ley.

b) Conflicto de atribuciones de los distintos poderes constituidos entre sí y tratándose de un sistema federal, entre los poderes del Estado y de las entidades federativa.

c) Control de la Constitucionalidad de los tratados internacionales.

d) Protección de los Derechos de las personas jurídicas, cuando éstos son violentados por actos de autoridad.¹⁷

Finalmente, se señala que el objetivo del control de la constitucionalidad es verificar, comprobar, inspeccionar y/o vigilar la conformidad de los actos u omisiones de los órganos constituidos con la norma constitucional de un Estado.

2.10.2. AGENTES.

Los agentes se caracterizan por ser órganos jurisdiccionales que verifican la conformidad de los actos u omisiones de los órganos constituidos con la Constitución y que frenan a los detentadores del poder en el ejercicio del mismo.

El órgano encargado del control es un órgano jurisdiccional, que puede ser un Tribunal creado ex profeso para realizar dicha actividad, o bien cualquier tribunal jurisdiccional.

2.10.3 MODALIDADES.

Existen varias modalidades del control de la constitucionalidad ejercido por un órgano Jurisdiccional, atendiendo al órgano que lo realiza, a la materia objeto

¹⁷ Covián, Miguel, *Control de la Constitucionalidad en el Derecho Comparado*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C, México, 2001, Pág. 41.

de control, en función de los efectos de la resolución, en función de los sujetos legalmente autorizados para solicitar al órgano de control la declaración de inconstitucionalidad, en función del procedimiento, del momento en que se ejerce el control y en función de la aplicación de la norma.

2.10.4. CARACTERÍSTICAS.

Según Manuel Aragón, éste control se caracteriza por:

1.- Tener un carácter objetivado, que significa que el parámetro canon de control es un conjunto normativo preexistente y no disponible para el órgano que ejerce el control jurídico:

2.- El juicio o la valoración del objeto sometido a control está basado, en razones jurídicas (sometidas a reglas de verificación).

3.- Tener un carácter necesario, es decir, el órgano controlante ha de ejercer el control cuando para ello es solicitado, además, si el resultado del control es negativo, el órgano que ejerce el control tiene que emitir necesariamente la correspondiente sanción, es decir, la consecuencia jurídica de la constatación que se traduce en la anulación o inaplicación del acto o norma controlada.

4.- El control se realiza por órganos imparciales, independientes, dotados de especial conocimiento técnico, para entender las cuestiones de derecho, en esencia, en órganos judiciales.¹⁸

2.11. CONTROL JURISDICCIONAL.

¹⁸ Cfr. Aragón, Manuel, Op. Cit. , Págs. 91, 92 y 93.

Como ya ha sido señalado con anterioridad el control de la constitucionalidad realizado por un órgano jurisdiccional puede clasificarse en atención a diversos puntos de vista, como puede ser atendiendo al órgano que lo realiza, a la materia objeto de control, en función de los efectos de la resolución, en función de los sujetos legalmente autorizados para solicitar al órgano de control la declaración de inconstitucionalidad, en función del procedimiento, del momento en que se ejerce el control y en función de la aplicación de la norma.

2.11.1. ESTUDIO EN FUNCIÓN DEL ÓRGANO QUE LO REALIZA.

En este caso, el control puede realizarse por:

a).- Un tribunal especialmente facultado para ese propósito y creado ex profeso para verificar la concordancia de los actos u omisiones del poder político con la constitución. Este control es característico del sistema concentrado.

b).- Todos los órganos del poder judicial controlan la constitucionalidad de las leyes. En este tipo de control cualquier juez, de oficio o a petición de parte, está investido del poder de no aplicar la ley en contra de la Constitución. Este control es característico del sistema difuso.

2.11.2. ESTUDIO EN FUNCIÓN DE LA MATERIA OBJETO DE CONTROL.

Esta clasificación atiende al objeto que se va controlar y puede ser:

a).- Control de Constitucionalidad de las leyes, de los reglamentos y de los actos con fuerza de ley.

b).- Conflicto de atribuciones de los distintos poderes constituidos entre sí y tratándose de un sistema federal, entre los poderes del Estado y de las entidades federativas.

- c).- Control de la constitucionalidad de los tratados internacionales.
- d).- Protección de los derechos de las personas jurídicas, cuando éstos son violentados por actos de autoridad.¹⁹

2.11.3. ESTUDIO EN FUNCIÓN DE LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO.

En esta clasificación se debe tomar en cuenta la naturaleza, la temporalidad y la extensión de los efectos de la resolución.

En atención a la **Extensión de los Efectos** tenemos que la resolución puede tener:

- a).-Efectos generales. En este caso la inconstitucionalidad conduce a invalidar la ley *erga omnes*, haciéndola perder para siempre su eficacia normativa general y abstracta.
- b).-Efectos especiales y particulares. En este caso la inconstitucionalidad se limita a declarar la ley inaplicable al caso concreto, limitando sus efectos sólo a ese caso.

En atención a la **Naturaleza de los Efectos**, tenemos que la resolución puede tener:

- a).-Efectos de naturaleza declarativa. En este caso la resolución que establece la inconstitucionalidad tiene efectos declarativos y operan retroactivamente sobre una nulidad preexistente (*ex tunc.*)

¹⁹ Covián, Miguel, Op. Cit. , Pág. 41.

b).-Efectos con naturaleza constitutiva. En este caso la resolución que declara la inconstitucionalidad tiene efectos anulatorios o de ineficacia que valen para el futuro (*ex nunc.*); pero respeta en cuanto al pasado la validez de la ley ilegítima.

En atención a la **Temporalidad de los Efectos**, tenemos que la resolución puede operar en el tiempo de la siguiente manera:

a).-En este caso los efectos de la resolución que establece la inconstitucionalidad operan retroactivamente sobre una nulidad preexistente (*ex tunc.*)

b).-En este caso los efectos de la resolución que establece la inconstitucionalidad operan para el futuro (*ex nunc.*); pero respeta en cuanto al pasado la validez de la ley ilegítima.

2.11.4 ESTUDIO EN FUNCIÓN DE LOS SUJETOS LEGALMENTE FACULTADOS PARA SOLICITAR AL ÓRGANO DE CONTROL LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

En este apartado se hace mención de los sujetos legalmente facultados para solicitar al órgano de control la declaración de inconstitucionalidad de los actos u omisiones de los poderes constituidos en el sistema jurídico Mexicano por ser el aplicable al presente ensayo, así como los relativos a los sistemas de control existentes en España y Alemania por ser los más representativos.

Los sujetos facultados pueden ser:

a).-Cualquier persona jurídica con un interés específico y legítimo en el caso concreto. (México)

- b).-Los titulares o miembros de los poderes constituidos del Estado. (España)
- c).- El Juez que, suponiendo una posible anticonstitucionalidad de la ley que debe aplicar al juzgar el litigio del que conoce, se dirige al órgano de control para que éste se pronuncie sobre la constitucionalidad de la misma. (Alemania)²⁰

2.11.5. ESTUDIO EN FUNCIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

En esta clasificación el control puede ser:

a).-En vía de acción, cuando es promovida directamente por el sujeto de derecho, afectado por el acto de autoridad (*lato sensu*). En este supuesto es el sujeto de derecho quien directamente solicita el examen de constitucionalidad ante el propio órgano de control.

b).- En vía de excepción, en este caso se requiere la existencia de un proceso judicial o un procedimiento administrativo que se este ventilando ante dichas autoridades, en donde surge un planteamiento sobre la posible inconstitucionalidad de la ley al momento de aplicarse al caso concreto, por lo que la cuestión de constitucionalidad se presenta como un incidente y debe estudiarse dentro del mismo proceso judicial o procedimiento administrativo por la misma autoridad que conoce del caso en concreto y de conformidad con los recursos procesales establecidos al efecto.

2.11.6 ESTUDIO EN FUNCIÓN DEL MOMENTO EN QUE SE EJERCE.

²⁰ Ibidem. Págs. 41 y 42.

Esta clasificación surge tomando en consideración el momento (anterior o posterior a la entrada en vigor del acto de carácter general del poder constituido) en que se ejerce el control de la constitucionalidad y puede ser:

a).-Previo o también llamado “*A Priori*”. En este caso el control se ejerce con anterioridad a la entrada en vigor del acto de carácter general del poder constituido cuya constitucionalidad se cuestiona.

b).-Sucesivo o también llamado “*A Posteriori*”. En este caso el control se ejerce con posterioridad a la entrada en vigor del acto de carácter general del poder constituido cuya constitucionalidad se cuestiona o bien una vez perfeccionando el acto.

2.11.7. EN FUNCIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA.

Esta clasificación se basa en función de la aplicación de la norma y divide el control de la constitucionalidad en:

a).-Control abstracto, este tipo de control tiene por objeto estudiar la constitucionalidad de la propia norma de carácter general y no su aplicación a una situación o caso concreto. La legitimación para ejercitar este control únicamente está reconocida a favor de una serie de órganos señalados en la propia Constitución.

b).-Control concreto, este tipo de control tiene por objeto estudiar la constitucionalidad de la aplicación de una norma de carácter general a un caso concreto. La legitimación para ejercitar este control opera a favor de cualquier juez ordinario, quien se encuentra facultado para acudir ante el órgano de control constitucional a solicitar el estudio y resolución sobre la

constitucionalidad de la norma de carácter general que correspondería aplicar en el caso concreto que se ventila ante el propio juez ordinario.

2.12. SISTEMA DIFUSO.

En primer lugar se precisa que el vocablo difuso significa: extenso e impreciso. Esta denominación obedece al hecho de que cualquier juez puede controlar la correspondencia entre la constitución y un acto de autoridad, es decir, cualquier juez en la tramitación de un juicio que se ventila ante él mismo, puede examinar una cuestión de constitucionalidad, y en caso de existir contradicción entre el acto de autoridad y la constitución, tiene la facultad de no aplicar la ley contraria la constitución. Asimismo existe una Corte Suprema que encarna la jurisdicción federal superior que controla y uniforma las tesis de las cortes o tribunales inferiores, correspondiéndole fijar en última instancia la interpretación de la Constitución y la cuestión de anticonstitucionalidad.²¹

2.12.1. CARACTERÍSTICAS

El Sistema Difuso se caracteriza por:

- a).-Cualquier juez puede plantear la cuestión de constitucionalidad.
- b).-Cualquier juez está investido del poder de no aplicar la ley contraria a la Constitución, de oficio o a petición de parte, en cualquier caso sometido a su conocimiento.
- c).-La cuestión de constitucionalidad se plantea en la vía incidental o indirecta dentro del proceso judicial que ante el juez ordinario se ventila, es decir, la

²¹ Ibidem. Pág. 44.

cuestión de constitucionalidad se tramita y falla dentro del juicio en que se plantea y llega a los tribunales superiores a través de los recursos ordinarios o extraordinarios. La cuestión constitucional se falla, junto con el fondo del asunto, en la sentencia definitiva. No existe un procedimiento previo sobre la constitucionalidad.

d) La cuestión de inconstitucionalidad no se puede proponer por vía de acción, ajena a un conflicto judicial.

e).-Rige el principio del “*Stare decisis*”.

f) La sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley tiene efectos sólo en relación con el caso concreto (inaplicabilidad al caso concreto).

g).-En los Estados Unidos los efectos generales de la sentencia provienen del *stare decisis*, figura necesaria dentro de la concepción del Derecho en ese país, en donde no existe un sistema de normas cerradas que el juez debe interpretar e integrar, sino un conjunto de reglas concretas derivadas de los casos definidos.

h).-Una Corte Suprema se pronuncia en última instancia sobre la cuestión de constitucionalidad, emitiendo jurisprudencia obligatoria para los demás jueces.

2.12.2. MODELO AMERICANO

El modelo americano nace del control de la constitucionalidad que se ejerce en los Estados Unidos de América. A nivel histórico el control de la constitucionalidad en los Estados Unidos de Norteamérica nace cuando el Juez Marshall al resolver el caso “Madison vs Marbury” confirmó los principios

tanto de supremacía constitucional, como de “judicial review”, con base en los siguientes argumentos:

1.- La Constitución es una norma superior principal, inmodificable por vía ordinaria o bien está en el nivel de los actos legislativos ordinarios y al igual que otros actos, únicamente es reformable cuando la legislatura desee reformarla.

2.- Así que si una ley está en oposición a la Constitución; si tanto una ley como la Constitución se aplican a un caso concreto, de tal manera que la Corte debe decidir sobre el caso conforme a la ley, desatendiendo la Constitución o conforme a la Constitución, desatendiendo la ley. La Corte debe determinar cual de estas normas en conflicto regula el caso. Esta es la más pura esencia del deber judicial.

3.-El poder de los Estados Unidos se extiende a todos los casos que surjan de la Constitución.

4.-De ahí que la letra específica de la Constitución de los Estados Unidos confirma y fortalece el principio, que se supone esencial a todas las Constituciones escritas, de que una ley contraria a la Constitución es nula y que las cortes al igual que otros departamentos están obligados por ella.²²

Los principios fundamentales que enmarcan la función de control de la constitucionalidad en los Estados Unidos de América son los siguientes:

a) Supremacía Constitucional, dicho principio está prescrito en el artículo VI, sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América, y éste señala que la Constitución y las Leyes de los Estados Unidos se harán de conformidad a ella y todos los tratados efectuados o que se efectúen bajo la Autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema de la Nación, y los jueces en cada Estado estarán obligados por ella a pesar de cualquier

²² Ibidem, Pág. 211.

disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado.²³

b) Rigidez Constitucional, dicho principio quedó establecido en el artículo V de la Constitución de los Estados Unidos de América, que señala que el congreso, cuando dos tercios de ambas cámaras lo juzguen necesario, propondrá reformas a la Constitución, o bajo la petición de las Legislaturas de dos tercios de los diversos Estados, convocará a una convención para proponer enmiendas, las cuáles serán válidas para todos los efectos y propósitos, como parte de la Constitución, cuando sean ratificadas por las Legislaturas de tres cuartos o de los distintos Estados o por convenciones en tres cuartos de ellos, siendo proponible por el congreso uno u otro modo de ratificación, siempre y cuando ninguna enmienda que deba hacerse antes de 1808 no afecte de ninguna manera la primera y cuarta cláusula de la sección novena del primer artículo y en ningún estado, sin su consentimiento se le prive de su voto igual en el senado.²⁴

c) Judicial Review, es un medio de control de la constitucionalidad que tiene por objeto asegurar los principios de supremacía y rigidez constitucional, así como de igual forma tiene el propósito de garantizar la correspondencia entre los actos de los diversos poderes públicos y la Ley Suprema de los Estados Unidos de América. El término Judicial review puede aplicarse a diferentes clases de procesos. Puede referirse al control que ejerce en los Tribunales sobre entidades de gobierno y administración y sus titulares, a efecto de constatar si los servidores públicos actúan dentro de sus atribuciones legales, esta es la forma más común y es equivalente a un control de legalidad. Otra aplicación se da cuando en un sistema federal, los tribunales federales son responsables de hacer cumplir las reglas de distribución de competencias, entre el gobierno de la Unión y el de los Estados miembros. De igual forma

²³ Cfr, Ibidem. Pág. 208.

²⁴ Cfr, Ibidem, Pág. 208.

puede emplearse con relación a la potestad de la Corte suprema para declarar inconstitucionales los actos del Congreso Federal y del Poder Ejecutivo²⁵

d) La doctrina de los Precedentes y del Stare Decisis, según Miguel Covián Andrade, la frase “stare decisis” es una abreviación de la expresión latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa “mantener lo decidido y no cambiar las cuestiones establecidas”. Esencialmente esas “cuestiones establecidas” o “decisiones tomadas”, configuran “precedentes” que deben de servir de guía normativa para resolver casos similares a aquellos que fueron resueltos en el pasado y cuyas sentencias constituyen precisamente los “*precedents*”. Es un principio fundamental de la jurisprudencia norteamericana que una decisión tomada por la Corte más alta constituya un precedente obligatorio para las Cortes inferiores, es decir, se requiere que un Juez, al resolver un caso concreto, siga las decisiones de uno o varios casos previos en los que las situaciones son parecidas a las que caracteriza al asunto de que conoce. Como no todas las situaciones de hechos son idénticas, el Juez está obligado a distinguir si el caso bajo su jurisdicción es parecido a tal o cual litigio resuelto en el pasado, con el objeto de saber que precedente debe aplicar. Esta actividad es hasta cierto punto discrecional del Juez, que lo ubica más como “creador de normas”, que como un mero intérprete de ellas y esto hace posible que diferentes jueces emitan diversas determinaciones, con base en precedentes distintos, a pesar de juzgar casos en lo general, caracterizados por las mismas situaciones de hecho.²⁶

Los límites a la facultad de “*judicial review*” surge de una auto limitación de la propia Corte, ya que ésta conoce de cuestiones constitucionales solo cuando le es turnada una “*justiceable quesito*”. De esta suerte, la Corte no expide el “*writ of cerciorati*” a menos que considere que la cuestión por resolver es justiciable. Este mecanismo es el medio más simple de que dispone la Corte para eludir su pronunciamiento sobre la constitucionalidad de un acto de

²⁵ Cfr. Ibidem. Pág. 209.

²⁶ Cfr. Ibidem. Pág. 213.

autoridad. Una cuestión es justiciable cuando en ella está implícito un caso o una controversia. Además de ésta auto limitación de la Corte, existen otras formas de restringir su facultad de “*judicial review*” en materia constitucional que son las siguientes:

- 1.- La Corte no emite opiniones o consejos (por oposición, si emite resoluciones de casos y controversias).
- 2.- La Corte no conoce de controversias en las que los intereses de las partes no son realmente opuestos.
- 3.- La Corte se niega a conocer de casos en los que están envueltas cuestiones políticas.
- 4.- La Corte rechaza todos aquéllos intentos de elevar un asunto a su jurisdicción con el propósito de obtener de ella una resolución favorable sobre cuestiones abstractas.²⁷

2.13. SISTEMA CONCENTRADO.

El jurista vienés Hans Kelsen señaló que la Constitución es la norma básica del Estado, el fundamento de validez de todas las demás normas del ordenamiento jurídico, las cuales no deben contradecirlas materialmente, ni ser creadas de manera distinta al proceso que ella establece para la producción del Derecho en particular. Por lo que la protección o garantía de la Constitución, así como del ceñimiento de los actos de autoridad a los términos de ella, son principios inherentes a su teoría de la estructura jerárquica o escalonada del orden jurídico, así la jurisdicción constitucional es una cuestión concreta del problema general consistente en asegurar que las normas inferiores se ajusten a las superiores (a la Constitución), en cuanto a su origen y substancia, en forma piramidal. Lográndose con ello la unidad del ordenamiento jurídico, así que a fin de garantizarlo consideró indispensable

²⁷ Cfr, Ibidem. Pág. 212.

establecer mecanismos jurídicos tendientes a mantener la “regularidad” de los actos estatales en general, es decir, su conformidad con la Ley, así como la ejecución material de las normas. En consecuencia, los actos de los órganos del Estado que vulneran la constitución son actos antijurídicos que deben ser invalidados. El propio orden normativo debe tener prevista la eventualidad de que en la aplicación cotidiana de las normas se produzcan actos de eventualidad contrarios a la Constitución, que tendrán que ser anulados, para lo que habrán de existir procedimientos adecuados y órganos facultados para tal efecto, cuya función genérica sea la de garantizar el ejercicio de las atribuciones de los poderes y de las Autoridades estatales,²⁸ por lo que concluye que las cuestiones de la constitucionalidad pueden ser estudiadas y resueltas única y exclusivamente por un tribunal constitucional, que velara por el respeto de Supremacía de la Constitución.

En este sistema, los jueces ordinarios no pueden conocer de la constitucionalidad de las leyes como manifestación de su poder de interpretación, ni bajo ninguna otra razón, sino que será un Tribunal Constitucional, el que controle los actos u omisiones de los poderes constituidos y verifiquen la concordancia de éstos con la Constitución.

2.13.1. CARACTERÍSTICAS

Los principios que sustenta el sistema de control concentrado de la constitucionalidad son los siguientes:

1.-Se denomina concentrado porque de las cuestiones de constitucionalidad conoce y resuelve un solo tribunal una vez que son sometidas a su jurisdicción.

²⁸ Cfr, Ibidem Págs. 52 y 53.

2.-Normalmente se plantea en vía de acción, aunque en algunos casos opera de manera simultánea la vía de excepción.

3.-Los alcances del pronunciamiento sobre la constitucionalidad tienen efectos generales o *erga omnes*.

4.- El tribunal en calidad de jurisdicción única y excluyente, emite una sola resolución sobre la constitucionalidad o anticonstitucionalidad del acto de autoridad que tratándose de una ley es válida para todos los casos en que esta Ley debe de ser aplicada.²⁹

2.13.2. MODELO AUSTRIACO

La Corte Constitucional Austriaca constituye el primer tribunal de su tipo y el paso inicial de la nueva concepción de la defensa de la Constitución. Su creador fue el jurista Hans Kelsen. El control concentrado de la constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional, configuró en el momento de su creación, una verdadera innovación en la materia. Si bien existen algunos antecedentes en el siglo pasado de tribunales europeos que conocían de cuestiones de constitucionalidad, se trataba más bien de recursos legalmente previstos y de los cuales disponían los destinatarios de poder y que al emplearlos, se excitaba al juzgador a pronunciarse sobre la violación de sus Derechos, pero los mismos distaban de ser efectivos medio de control de constitucionalidad.

La competencia de la Corte Constitucional Austriaca fue la siguiente:

a) Cuestiones de constitucionalidad. El control de la constitucionalidad de Leyes, de las Ordenanzas Administrativas, de los tratados Internacionales,

²⁹ Cfr, Ibidem. Págs. 54 y 55.

Conflictos de Competencia entre Poderes Constituidos del Estado y Protección Constitucional de los Derechos Humanos.

b) Facultades para resolver conflictos de competencia jurisdiccional entre órganos administrativos y tribunales; y de tribunales entre si.

c) Competencia en materia contencioso-electoral.

d) Competencia para conocer de los casos en que se impute responsabilidad constitucional a un miembro de un órgano federal o local de un Estado.

De lo anterior podemos apreciar que la Corte Constitucional Austriaca tenía facultad excluyente en materia constitucional ya que era la única que podía conocer del control de la constitucional, pero no exclusiva pues su competencia se ampliaba a otras materias, tal y como acontece con los tribunales constitucionales en la actualidad, dado a que el órgano constitucional, cuenta con mayor atrevimiento, creatividad y voluntad política al administrar la justicia constitucional.

2.14.DIFERENCIAS FUNDAMENTALES ENTRE EL MODELO AUSTRIACIO Y EL MODELO AMERICANO.

Las diferencias fundamentales entre ambos sistemas son:

1.- El sistema difuso es descentralizado, pues cualquier juez (sin distinción de jerarquía) ante quien se tramita un caso concreto propio de su competencia, conoce de la constitucionalidad; en cambio, el sistema concentrado es centralizado, pues es la Corte Constitucional, es quien tiene el monopolio del conocimiento sobre la inconstitucionalidad de las leyes, privando de esa función a los jueces y cortes judiciales ordinarias.

2.- En el sistema difuso, se conoce en forma indirecta (llamada también excepcional o incidental) sobre la constitucionalidad de la ley, pues surge con ocasión del caso concreto pendiente de trámite y fallo ante los tribunales de justicia, por lo que no existe un procedimiento especial, ni se permite la acción abstracta y directa; en cambio, en el sistema concentrado se emplea la vía directa mediante una acción abstracta y un procedimiento especial ante la Corte Constitucional, aunque con posterioridad a la reforma de 1929 se emplea también la vía incidental, pero sólo están legitimadas las dos Cortes Superiores y no los jueces inferiores.

3.-En el sistema difuso, la ley inconstitucional es absolutamente nula por oponerse a una norma superior (constitucional), pero la sentencia no es constitutiva de la nulidad, sino solamente declara la nulidad preexistente de la misma y tiene efectos retroactivos (*ex tunc*); en cambio en el sistema concentrado, la sentencia anula la ley que hasta el momento era válida y eficaz, tiene efectos para el futuro (*ex nunc*) a partir de su publicación, pero la Corte puede posponer su eficacia a una fecha posterior.

4.- En el sistema difuso, la sentencia tiene eficacia sólo en relación con el caso concreto con ocasión del cual se planteó la cuestión constitucional. No obstante, en Estados Unidos y sistemas afines, por el *stare decisis* la sentencia adquiere efectos generales; en cambio, en el sistema concentrado la sentencia tiene efectos generales.

En el presente ensayo se considera al sistema concentrado más completo que el difuso, por las siguientes razones:

a) En el sistema difuso existe la posibilidad de que muchas leyes escapen al control de la constitucionalidad, porque difícilmente se plantea la duda respecto de su constitucionalidad en los casos concretos que se ventilan ante los jueces y tribunales.

b) En el sistema difuso, no se puede atacar de manera directa y preventiva un acto de carácter general del órgano constituido si aún no ha entrado en vigor, a pesar de que se tenga duda sobre su constitucionalidad; sino que para atacarlo se requiere que éste sea aplicado a un caso concreto. En cambio en el sistema concentrado existe la posibilidad de verificar de manera directa y preventiva la conformidad de los actos de los órganos constituidos con la Constitución, aún cuando no hayan entrado en vigor.

c) En el sistema difuso, no se puede atacar de manera directa un acto con carácter general aún cuando ya haya entrado en vigor, respecto del cual se tenga duda sobre su constitucionalidad; sino que para atacarlo se requiere que éste sea aplicado a un caso concreto.

d) En el sistema difuso los efectos de la resolución de inconstitucionalidad son particulares, se constriñen al caso concreto, lo que supone que aún cuando una ley haya sido estudiada y analizada y se haya resuelto su inconstitucional, ésta resolución no será de carácter general y no protegerá a los destinatarios de poder que no soliciten el estudio de su constitucionalidad. En cambio en el sistema concentrado los efectos de la resolución son generales y con efectos *erga omnes*.

2.15.CONTROL DEL PODER POLÍTICO POR PARTICIPACIÓN CIUDADANA

El control de la constitucionalidad de los actos u omisiones de los detentadores del poder político también puede realizarse a través de la participación ciudadana mediante mecanismos de democracia semidirecta como el referéndum, plebiscito, la iniciativa popular y la revocación de la confianza popular.

2.15.1. REFERÉNDUM

Es una institución de democracia semidirecta por medio de la cual una ley o una disposición de carácter general es sometida a la voluntad ciudadana para su aprobación. Esto significa que la validez del acto no se concreta en cuanto éste ha sido aprobado por el órgano competente para expedirlo, sino hasta que la mayoría de voluntades ciudadanas que manifiesta a favor de lo que han decidido sus representantes. En términos de la Teoría del Rombo el referéndum debe funcionar como un medio de control de legitimidad de las determinaciones adoptadas por los órganos facultados para expedir leyes o disposiciones con fuerza de ley. Si el acto es aprobado mediante un referéndum se legitima, en cambio si la decisión de los representantes populares (ley o disposición de alcance general, es rechazada por la mayoría de las voluntades ciudadanas, la ley o la disposición de alcances generales no podrá aplicarse, en virtud de que el acto de autoridad ha sido controlado por los ciudadanos.³⁰ El referéndum sirve como instrumento de control político cuando, por medio de él, se ha confirmado o rechazado una anterior decisión política del gobierno o del parlamento.³¹

Existen tres modalidades del referéndum:

1.- Referéndum potestativo y referéndum obligatorio. Se dice que el referéndum es potestativo cuando la decisión de convocar a su realización es facultad exclusiva de los poderes públicos. El referéndum es obligatorio cuando la constitución establece que determinado acto de naturaleza material legislativa deberá ser ratificado mediante referéndum popular para adquirir validez. En conclusión se determina que dicha dicotomía se basa en la forma de convocar al referéndum.

³⁰ Cfr, Covián, Miguel *La Teoría del Rombo*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, Págs. 314 a, 318.

³¹ Loewenstein, Karl, Op. Cit. , Pág. 328.

2.- Referéndum consultivo y referéndum vinculativo. Se considera que un referéndum es consultivo cuando la expresión de voluntad no obliga a las autoridades a actuar en el sentido en que está se ha manifestado, es decir, los poderes públicos tienen la potestad de mantener su decisión en los términos en que la han tomado o bien pueden dar marcha atrás ante la respuesta negativa del electorado, dicha figura se acerca más a una consulta pública. El referéndum vinculativo obliga a las autoridades a actuar conforme se ha expresado la voluntad de los gobernados y la autoridad debe acatar la decisión del pueblo que ratifica o rectifica la aprobación de la ley o de una disposición con fuerza de ley. En conclusión se manifiesta que dicha dicotomía se basa en los efectos del referéndum.

3.- Referéndum aprobatorio y referéndum abrogatorio. El aprobatorio tiene por objeto aprobar leyes o actos con fuerza de ley. El abrogatorio tiene por objeto abrogar o derogar leyes o actos con fuerza de ley. En conclusión la presente dicotomía se basa en los propósitos o fines del referéndum.³²

2.15.2. PLEBISCITO

Es una institución de democracia semidirecta. Se trata de un mecanismo de legitimación popular jurídicamente regulado, de actos concretos de gobierno o de decisiones políticas específicas, que se someten a la aprobación de la ciudadanía mediante un voto universal y secreto. El plebiscito y el referéndum tienen la misma naturaleza, es decir, en ambos casos el pueblo debe de ratificar o rectificar una decisión política, sin embargo la diferencia entre ambas instituciones, radica en la naturaleza del acto o la decisión política, en el caso del referéndum los ciudadanos ratifican o rectifican actos de aplicación general (leyes o disposiciones con fuerza de ley), mientras que el plebiscito los

³²Cfr, Covián, Miguel *La Teoría del Rombo*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional. Págs. 314 a la 318

ciudadanos ratifican o rectifican un acto de alcance concreto o una decisión política específica³³

En el lenguaje corriente, el concepto <<plebiscito>> se usa para una variedad de actos de participación del pueblo en el proceso del poder y, algunas veces, hasta como sinónimo de elecciones.³⁴

2.15.3. INICIATIVA POPULAR

La iniciativa popular consiste en la presentación de una petición por parte del electorado al congreso o al parlamento, para que legisle sobre un tema específico, o bien en la elaboración de un proyecto de ley o de modificación a una ley en vigor, el cual se envía al órgano competente para que lo discuta y lo apruebe o rechace. Por medio de la iniciativa popular puede corregirse la omisión en que incurre un parlamento al no legislar sobre determinada materia, toda vez que la presentación del proyecto o con la simple petición, el parlamento debe discutir y votar la propuesta enviada por los ciudadanos³⁵

2.15.4. LA REVOCACIÓN DE LA CONFIANZA POPULAR

La revocación de la confianza popular es un mecanismo por medio del cual los ciudadanos ejercen el derecho de iniciar ante el congreso o parlamento un procedimiento de moción de censura en contra de los ministros de Estado, secretarios de Estado y en general, de los miembros del gobierno y de la administración. El 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, justificando las razones de su moción, deberán estar facultados para presentarla ante el órgano facultado para exigir la responsabilidad política del funcionario de que se trate, el cual la ratificara mediante el cumplimiento de los requisitos para la moción de censura promovida por los legisladores y

³³ Cfr, Ibidem. Pág. 320

³⁴ Loewenstein, Karl, Op. Cit. , Pág. 331.

³⁵ Cfr, Covián, Miguel *La Teoría del Rombo*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional. Pág. 322 y 323

procederá agotarla con los efectos correspondientes al voto de censura, de ser éste el caso. Si la resolución del parlamento confirma al funcionario en su cargo, no se podrá admitir un nuevo procedimiento de revocación durante el mismo período legislativo ordinario, ni en el siguiente. El procedimiento de referencia solamente se podrá iniciar durante un período ordinario de sesiones y su resolución no prejuzga sobre, ni condiciona el de responsabilidad política iniciado por los legisladores, el cual será procedente con independencia de aquél.

CAPÍTULO 3

DERECHO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

3.1. CONCEPTO DE TRATADO INTERNACIONAL

3.1.1. DEFINICIÓN DOCTRINAL

La doctrina ha señalado que un tratado internacional es la fuente de una obligación de Derecho Internacional contraída voluntariamente por una persona internacional a favor de otro u otras, y que da origen, a su vez, a derechos recíprocos para ella o ellas.¹

De igual se ha definido al tratado internacional como todo acuerdo concluido entre dos o más sujetos de Derecho Internacional.²

Al respecto la Convención de Viena en su artículo 2 preceptúa que un tratado es 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; de lo antes señalado se advierte claramente que los únicos sujetos de Derecho Internacional con capacidad para celebrar dichos tratados son los Estados, dejando fuera a otros sujetos internacionales como las Instituciones Internacionales; sin embargo es de hacerse notar que en los años que siguieron a la segunda Guerra Mundial, la práctica de las instituciones internacionales en el campo del derecho de los tratados creció extensamente y que las instituciones internacionales, cuyas constituciones no autorizan la

¹Sorensen, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, Octava reimpresión, Pág. 201.

²Seara Vázquez, Modesto, *Derecho Internacional Público*, Porrúa, Décima Quinta Edición, Pág.60.

conclusión de tratados de ninguna clase, celebrado algunos tratados con los Estados e incluso con otras instituciones internacionales en materia de cooperación³, hecho que es reconocido por la propia Convención de Viena en su artículo 5 al establecer que ésta se aplicará a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización. La anterior postura es confirmada por la autora Loretta Ortiz Ahlf, ya que señala que los tratados son acuerdos entre sujetos de Derecho Internacional regidos por el Derecho Internacional Público.⁴

3.1.2. DEFINICIÓN SEGÚN LA CONVENCION DE VIENA

La Convención de Viena en el párrafo 1 de su artículo 2, los define como: los acuerdos internacionales celebrados por escrito entre Estados y regidos por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o mas instrumentos conexos y cualesquiera que sea su denominación particular.

Loretta Ortiz Ahlf apunta que según lo dispuesto por dicha Convención, los tratados internacionales deben:

1.- Ser celebrados entre Estados, esto en virtud de que la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas decidió circunscribir la Convención a los acuerdos celebrados entre Estados, excluyendo los concluidos entre Estados y organizaciones internacionales y la razón de ello, fue que según la propia Comisión, es que se hubiere complicado y retrasado excesivamente la preparación del proyecto.

³ Cfr, Sorensen, Max , Op. Cit. Pág. 205.

⁴ Ortiz, Loretta, *Derecho Internacional Público*, Oxford, Segunda Edición, Pág. 16.

2.- Ser celebrados por escrito, excluyendo así a los acuerdos verbales, aclarando que en la actualidad resulta muy difícil pensar en acuerdos internacionales verbales, manifestando que a pesar de ello, si se diera este supuesto, la Convención de Viena no afectaría el valor jurídico de los mismos.

3.- Estar regidos por el Derecho Internacional Público, excluyendo así los acuerdos celebrados entre Estados regulados por el Derecho interno de alguna de las partes o por algún otro Derecho interno. De igual forma señala que el hecho de que se celebren acuerdos internacionales fuera del ámbito de aplicación de la Convención de Viena, no afecta la validez jurídica de las mismas y no impide que se les apliquen las normas enunciadas en la Convención de Viena a las que están sometidos en virtud del Derecho Internacional Público.⁵

3.1.3 CLASIFICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Los tratados se pueden clasificar tanto en relación a su fondo como al número de partes integrantes.

En atención al fondo, se distinguen dos clases:

- a) Los Tratados Contrato, que se caracterizan por tener una finalidad limitada a la creación de una obligación jurídica que se extingue con el cumplimiento del tratado.
- b) Tratados leyes, cuya finalidad es crear una reglamentación jurídica permanente obligatoria.

En atención al número de partes integrantes, se distinguen dos clases:

⁵Cfr. Ibidem, Pág. 17.

- a) Tratados bilaterales, que son aquellos en los que sólo hay dos partes.
- b) Tratados multilaterales o plurilaterales, que son aquéllos en los que participan más de dos Estados.

3.2. ÓRGANOS ESTATALES COMPETENTES PARA CELEBRAR TRATADOS INTERNACIONALES

El elemento fundamental para determinar si un Estado o Institución Internacional tiene el poder o la facultad jurídica para celebrar tratados, es la capacidad. La capacidad debe entenderse como el poder o la facultad jurídica para celebrar tratados en forma general o para determinada clase de tratados.

6

El poder originario para celebrar un tratado lo tiene el Estado. Al respecto se destaca que la celebración de tratados es una de las formas más antiguas y características del ejercicio de la soberanía del Estado. En ese sentido y al carecer las instituciones internacionales de soberanía, los doctrinarios se han visto en la necesidad de buscar una base diferente para determinar la capacidad de estas instituciones para celebrar tratados, la cual se determina por el reconocimiento de su personalidad internacional, por la consecuencia de la personalidad jurídica internacional y o bien por la simple deducción de su personalidad que se prueba cuando una institución internacional celebra un tratado.⁷

Existen casos especiales como el mandato, el de los Estados Neutralizados y el de la Santa Sede. En primer término, respecto del caso del mandato, se establece que en algunas ocasiones la facultad de concertar tratados de un

⁶ Sorensen, Max, Op. Cit. Pág. 203.

⁷ Cfr. Ibidem, Pg. 205.

Estado, o de una entidad semejante a él, se ejercite habitualmente por otro Estado, es decir, se trata de un mero mandato, terminable en cualquier momento y comparable al sistema por el cual el servicio diplomático de un Estado representará los intereses de otro, en una capital que este no tiene representación propia. En segundo término, en relación con los Estados Neutralizados, es de señalarse que su capacidad para celebrar tratados se encuentra limitada. Finalmente, en lo concerniente a la Santa Sede se enfatiza que siempre se le ha reconocido como poseedora de una capacidad para celebrar tratados distinta de la que podría ser inherente al poder temporal del Papado, de existir dicho poder, se establece que entre 1870 período de extinción de los Estados Pontificios y 1929 fecha del establecimiento del Estado de la Ciudad Vaticano, la Santa Sede continuó concluyendo concordatos, según se les llama a los tratados papales.⁸

Se ha mencionado que el poder originario de celebrar un tratado corresponde al Estado. En ese tenor, el sistema clásico de Derecho Internacional reconocía sólo dos órganos de gobierno central en los Estados: el jefe de estado y el ministro de relaciones exteriores, sin embargo en la actualidad el párrafo 2 del artículo 7 de la Convención de Viena reconoce capacidad o representación implícita para la realización de determinados actos dentro del proceso de la celebración de Tratados de :

- a) Los Jefes de Estado y Ministro de Relaciones Exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado.
- b) Los Jefes de Misión Diplomática, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentra acreditado.
- c) Los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una Organización Internacional, para la adopción del texto.

⁸ Ibidem, Pág. 207.

Fuera de estos supuestos, cualquier otra persona deberá presentar plenos poderes (representación expresa) o bien, de no presentarlos, podrá realizar actos de celebración de un tratado si resulta de la práctica de los Estados, o de las circunstancias resulta el considerar a esa persona como representante de un Estado.

A continuación se analizará de manera particular los siguientes supuestos:

El Jefe de Estado, tiene la atribución clásica del *jus omnimodae representationis*, misma que aún reconocida, hasta tal punto que al que concurre personalmente para negociar o firmar un tratado, no se le exige que justifique en forma alguna su capacidad en cuanto a plenos poderes (formalidad que los plenipotenciarios corrientes, como indica su denominación, deben cumplir).⁹

El Ministro de Relaciones Exteriores, tiene una capacidad inherente a su cargo, por lo que al participar en la negociación o firma de un tratado, generalmente no se les dan, ni se les piden, plenos poderes.

El Jefe de Gobierno, en muchos Estados, el jefe de Estado titular no es quien ejerce el poder ejecutivo supremo, encontrándose situado entre éste y el ministro de relaciones exteriores, el Jefe de Gobierno desempeña un cargo tal como el del presidente del Consejo o Primer Ministro. Cuando esto ocurre, es comprensible que la situación actual sea la de dar el mismo crédito a los actos del Jefe de Gobierno que el tradicionalmente concedido a los del Jefe de Estado.¹⁰

⁹ Ibidem, Págs. 208 y 209.

¹⁰ Ibidem, Pág. 209

A los Agentes Diplomáticos, se les reconoce cierta competencia *ex officio*, en cuanto concierne a tratados con el Estado ante el cual se ha acreditado, es decir, se le supone competente para negociar y formar dichos tratados en virtud de los plenos poderes que generalmente rigen a su embajada. Sin duda, la misma regla se aplica en relación con jefes de misión en instituciones internacionales, en lo referente a las relaciones con esas instituciones.

En todos los demás casos, a un pretense negociador o a una persona que habría de firmar, o de ratificar o que de alguna manera pretendiera obligar a un Estado por medio de un tratado, se le exige o se le puede exigir que presente sus cartas credenciales, aunque en la práctica estas pueden algunas veces presumirse provisionalmente, en espera de la llegada de sus plenos poderes.¹¹

3.3.PROCESO DE CELEBRACIÓN DE UN TRATADO INTERNACIONAL

3.3. 1. NEGOCIACIÓN

Es el conjunto de operaciones encaminadas a establecer el texto del tratado. El procedimiento normal de negociación para los tratados bilaterales tiene lugar en el cuadro de discusiones celebradas entre los agentes diplomáticos de un Estado y los representantes de otro, que son normalmente funcionarios del Ministerio de Asuntos Exteriores. El procedimiento normal de negociación de los tratados multilaterales es establecer el texto por discusiones celebradas dentro de una conferencia o congreso internacional. Los órganos que pueden encargarse de la negociación de los tratados son aquellos órganos estatales que tienen la competencia de las relaciones internacionales tal como lo establezcan las normas internas (constitucionales) de cada país.¹²

¹¹ Ibidem, Pág. 210.

¹² Seara, Modesto, Op. Cit. Pág. 202.

La negociación tiene por objeto lograr un acuerdo entre las partes a fin de determinar las cláusulas de un tratado.¹³

3.3.2. ADOPCIÓN DEL TEXTO

Una vez negociado el tratado, se adopta como definitivo; tradicionalmente los tratados se adoptaban por el acuerdo unánime de las partes, en la actualidad los tratados bilaterales se adoptan por unanimidad y los multilaterales según lo dispongan los Estados parte, y a falta de acuerdo por las dos terceras partes presentes y votantes.¹⁴ De manera específica el artículo 9 de la Convención de Viena señala que la adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párrafo 2. La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectúa por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente.

3.3.3. AUTENTICACIÓN DEL TEXTO

Es el acto mediante el cual se establece el texto definitivo de un tratado y en el que se certifica que ese texto es el correcto y auténtico.¹⁵

El artículo 10 de la Convención de Viena establece que el texto de un tratado quedará establecido como auténtico y definitivo:

a) Mediante el procedimiento que se prescriba en él o en que convengan los Estados que hayan participado en su elaboración.

¹³ Ortiz, Loretta, Op. Cit. 18.

¹⁴ Ibidem, Pág. 18.

¹⁵ Ibidem.

b) A falta de tal procedimiento, mediante la firma “*ad referendum*” o la rúbrica puesta por los representantes de su Estado en el texto del tratado o en el acto final de la conferencia en que figure el texto.

3.3.4. MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Es el acto por el cual los Estados se obligan a cumplir el tratado.¹⁶ El acto mediante el cual cada parte indica su consentimiento para quedar obligada.¹⁷

La Convención de Viena en su artículo 11 señala cuales son las formas de manifestación del consentimiento y por virtud del cual se obligan por un tratado. La manifestación podrá ser mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido. Se establece que los Estados negociadores son los que escogen libremente cual va a ser el modo concreto de manifestar el consentimiento, tal y como instituyen los artículos 12, 13, 14 y 15 de la citada Convención de Viena.

3.3.4.1. LA FIRMA

La firma tiene una doble función: la primera reconocer por parte de los representantes de los Estados, el contenido del tratado y fijar el final del período de la negociación, la segunda es expresar el consentimiento del Estado, para obligarse por el tratado.

En relación con la firma deben examinarse dos operaciones, que pueden tener efectos equivalentes: a) La rúbrica, que consiste en que el representante de un Estado coloca al final del texto sus iniciales, tiene efectos equivalentes a la firma, “cuando conste que los Estados negociadores así lo han convenido”. b)

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Sorensen, Max, Op. Cit. , Pág. 214.

La firma “*ad referendum*” implica la necesidad de someterla a aprobación definitiva por parte del Estado correspondiente, y cuando sea confirmada por el Estado, equivale a la firma definitiva. La firma de un tratado no implica la obligación de ratificarlo.¹⁸

Por su parte el artículo 12 de la Convención de Viena establece que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la firma de su representante:

- a).-Cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto;
- b).-Cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto; o
- c).-Cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprende de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

Para los efectos del párrafo 1:

- a).-La rúbrica de un texto equivaldrá a la firma del tratado cuando conste que los Estados negociadores así lo han convenido.
- b).-La firma *ad referendum* de un tratado por un representante equivaldrá a la firma definitiva del tratado si su Estado la confirma.

3.3.4.2. EL CANJE DE INSTRUMENTOS

Es otro medio de manifestación del consentimiento y se da cuando en los mismos instrumentos consta la voluntad del Estado en ese sentido, o cuando

¹⁸ Seara, Modesto, Op. Cit. , Pág. 206.

de cualquier otra forma los Estados han decidido darle a dichos instrumentos ese efecto.¹⁹

El artículo 13 de la Convención de Viena señala que el consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos, se manifestará mediante este canje:

- a).-Cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto;
- b).-Cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.

3.3.4.3. LA RATIFICACIÓN

En la Convención de Viena de 1969 se observa un cambio de postura en lo relativo a la ratificación, porque anteriormente era considerada la última fase en el procedimiento de conclusión de los tratados, y se partía del supuesto normal de que un tratado debía de ser ratificado para que adquiriera carácter obligatorio, a menos que se dispusiera lo contrario.

Esta postura ha sido modificada en virtud de que la manifestación de consentimiento mediante la ratificación sólo se entenderá cuando: a).- El tratado así lo dispone b).- Los Estados partes han acordado que se someta a ratificación. c).- El representante del Estado firma a reserva de ratificación y de la intención del Estado de someter el tratado a ratificación se deduce de los plenos poderes o se haya expresado en este sentido durante la negociación (artículo 14 de la Convención de Viena).

Por ratificación se entienden dos cosas distintas pero relacionadas, por una parte la operación mediante la cual el Estado establece, en su Derecho interno,

¹⁹ Ibidem, Pág. 206.

los requisitos para obligarse internacionalmente y por otra parte como la operación que se realiza en el ámbito internacional como para darle al tratado su fuerza obligatoria, procediendo a un intercambio de los instrumentos de ratificación o depósito.

En el primero de los casos, cabe mencionar como ejemplo que en México, según la fracción 1 del artículo 76 de la Constitución de 1917, que se encuentra en vigor, son facultades exclusivas del Senado: I) Aprobar los tratados y convenciones diplomáticas que celebre el Presidente la República con las potencias extranjeras.

En el segundo de los casos, los procedimientos de ratificación o depósito varían según si se trata de tratados bilaterales o multilaterales. Si son tratados bilaterales, lo normal es que un Estado proceda a comunicar al otro los instrumentos de ratificación o bien a realizar un intercambio de cartas de ratificación; si son tratados multilaterales se utilizan el depósito de los instrumentos de ratificación, es decir, en el tratado se designa que Estado va a ser el depositario, y este será el que reciba los instrumentos de ratificación y el que se encargará de comunicar a todos los otros Estados las ratificaciones recibidas. Por último también puede ser suficiente la notificación a los Estados contratantes o al depositario, cuando haya sido establecido eso.²⁰

El artículo 14 de la Convención de Viena preceptúa que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la ratificación:

- a).-Cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación.
- b).-Cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación.

²⁰ Cfr, Ibidem, Págs. 206 a 210.

- c).-Cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación; o
- d).-Cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprende de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la aceptación o la aprobación de condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación.

3.3.4.4. LA ACEPTACIÓN

El artículo 16 de la Convención de Viena establece que salvo que el tratado disponga otra cosa, los instrumentos de aceptación harán constar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuarse:

- a) Su canje entre los Estados contratantes;
- b) Su depósito en poder del depositario; o
- c) Su notificación a los Estados contratantes o al depositario, si así se ha convenido.

3.3.4.5. LA APROBACIÓN

El artículo 16 de la Convención de Viena establece que salvo que el tratado disponga otra cosa, los instrumentos de aprobación harán constar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuarse:

- a) Su canje entre los Estados contratantes;
- b) Su depósito en poder del depositario; o
- c) Su notificación a los Estados contratantes o al depositario, si así se ha convenido.

3.3.4.6. LA ADHESIÓN

Es el acto por virtud del cual un Estado que no ha firmado un tratado puede entrar a formar parte de él. La posibilidad de adhesión requiere que los Estados partes lo hayan aceptado en el tratado o de por cualquier otra forma, o bien que se pongan de acuerdo acerca de la adhesión con posterioridad. Para prestar la adhesión no es necesario que el tratado haya entrado en vigor ya que puede prestarse en cualquier momento, después de la firma de los Estados originarios.

La adhesión es un acto voluntario mediante el cual los Estados que firman parte de un tratado pueden limitar la entrada a otros Estados en la forma en que crean conveniente, reduciéndola a los Estados que se encuentran en determinada zona geográfica, o excluyendo expresamente algunos o permitiéndoles únicamente la adhesión a ciertas disposiciones convencionales y no a todas. Respecto de los terceros Estados, que no forman parte de un tratado debe entenderse que la adhesión es el acto voluntario que implica la libertad de entrar o no en un tratado y aceptar todas o parte de las disposiciones convencionales, a reserva, de la facultad que las partes primitivas en el tratado tienen de aceptar o rechazar sus condiciones.

La doctrina trata de establecer una distinción entre la accesión y la adhesión. La accesión es la entrada pura y simple en el tratado, aceptando todas las obligaciones y beneficiándose de todos los derechos y la adhesión es la entrada en un tratado limitada únicamente a alguna de las disposiciones del tratado.²¹

El artículo 16 de la Convención de Viena establece que salvo que el tratado disponga otra cosa, los instrumentos de adhesión harán constar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuarse:

²¹ Cfr, Ibidem, Pág 210.

- a) Su canje entre los Estados contratantes;
- b) Su deposito en poder del depositario; o
- c) Su notificación a los Estados contratantes o al depositario, si así se ha convenido.

3.3. 4. 7. PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LOS TRATADOS

En el derecho de los tratados existen una serie de principios fundamentales y torales, mencionando los siguientes:

a) “PACTA SUNT SERVANDA”

Su origen es consuetudinario. Principio que se encuentra recogido en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969, precepto que afirma la obligatoriedad de los tratados, respecto a las partes, añadiendo, además la necesidad de su cumplimiento de acuerdo con la buena fe.

De no existir dicho precepto, tanto el cumplimiento de los pactos internacionales como la seguridad de las relaciones internacionales, estarían sujeto a la voluntad de las partes. En algunos países se ha llegado a precisar, incluso, la imposibilidad de invocar el derecho interno como excusa para no aplicar un tratado, excepto cuando esa violación es manifiesta y se refiere a normas fundamentales, entre las que deberían de incluirse, en primer lugar, las de orden Constitucional; en efecto, aceptar la validez de esos tratados, sería en cierto modo, premiar la mala fe de la otra parte, que no dejaría de darse cuenta de que la conclusión del acuerdo se realiza en una forma irregular. Pero incluso un tratado concluido regularmente puede llegar al punto en que una parte tenga la posibilidad jurídica de considerarlo no obligatorio; ese caso se da cuando es aplicable la llamada cláusula “*rebus sic stantibus*”, que estudiaremos más adelante, al ver las causas de terminación de los tratados.

b) “RES INTER ALIOS ACTA”

Es el principio por virtud del cual se establece que los tratados sólo crean obligaciones entre las partes. En esos términos un tratado no puede, en principio, obligar a los sujetos que no han participado en él, puesto que, naturalmente, no han podido dar un consentimiento, pero tampoco puede enunciarse este principio de un modo absoluto, y en algunos casos, un tratado crea derechos respecto a terceros. Por ejemplo, en el asunto de la desmilitarización de las islas Aland (decidida en un tratado firmado entre Rusia y otros países), Finlandia sostenía que, por no haber tomado parte en ese tratado, no se creía obligada por él; pero la comisión de juristas reunida en Paris en 1920, decidió que ese tratado a causa de los intereses vitales de otras potencias, envueltos en él, había quedado una situación jurídica objetiva y era oponible a los Estados Terceros.

c) “EX CONSENSUN ADVENIT VINCULUM”

Este principio señala que el consentimiento es la base, la obligación jurídica y el resultado de la estructura de la sociedad internacional, misma que está formada por Estados considerados como iguales y al no haber un ente jurídico superior a ellos que sea capaz de imponerles una determinada conducta, se supone que los Estados deben dar su consentimiento para que nazcan las obligaciones jurídicas de carácter contractual.

d) “JUS COGENS”

El principio de respeto a las normas de derecho internacional, se encuentra plasmado en el artículo 53 de la Convención de Viena y por virtud de él se establece que un tratado es nulo cuando es contrario a una norma imperativa del tratado internacional.

3.4.RESERVAS

3.4.1. CONCEPTO

Es el acto jurídico unilateral por el cual un Estado parte de un tratado, declara que rechaza la aplicación de ciertas disposiciones o que les atribuye determinado sentido. Las reservas no son admisibles para los tratados bilaterales puesto que en realidad equivaldría a limitar el alcance del tratado. En materia de Tratados Internacionales Multilaterales, éstas son lícitas, a menos que la reserva este prohibida en el tratado o bien que el tratado especifique que reservas se pueden formular y que cuando la reserva no se menciona expresamente aparezca como incompatible con el objeto y el fin del tratado.²²

Por su parte Max Sorensen, determina que es la manifestación hecha por una parte de no encontrarse dispuesta a aceptar una disposición determinada o de pretender alguna otra variación a su favor.²³

3.4.2. DEFINICIÓN DE LA CONVENCION DE VIENA

El párrafo primero del artículo 2 de la Convención de Viena, las define como la declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o su denominación, hecha por un Estado, al firmar, ratificar, aceptar o aprobar su tratado a adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.

3.4.3. TIPOS DE RESERVAS

Las reservas pueden ser: recíprocas y no recíprocas.

²² Cfr, Ibidem, Pág 211.

²³ Cfr, Sorensen, Max, Op. Cit. , Pág. 215.

3.4.4. FORMULACIÓN DE RESERVAS

Se formulan en el momento de:

- a).-La firma
- b).-La ratificación
- c).-La aprobación o aceptación
- d).-La adhesión

El Estado que ha sido depositario deberá ponerles en conocimiento de las demás partes contratantes, para que estas puedan hacer saber su opinión al respecto.

Por su parte el artículo 19 de la citada Convención señala que un Estado podrá formular una reserva al momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

- a) Que la reserva esté prohibida por el tratado;
- b) Que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate;
- c) Que, en los casos no previstos en los apartados a y b, la reserva sea incompatible con el objeto y fin del tratado.

3.4.5. ACEPTACIÓN Y OBJECCIÓN A LAS RESERVAS

El artículo 20 de la Convención de Viena, señala que una reserva expresamente autorizada por el tratado no exigirá la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes, a menos que el tratado así lo disponga:

1.-Cuando el número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas

en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes.

2.- Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos de que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización.

3.- En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos de que el tratado disponga otra cosa:

a) La aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados;

b) La objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria,

c) Un acto por el que un Estado manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos otro Estado contratante.

4.- Para los efectos de los párrafos 2 y 4, y a menos de que el tratado disponga otra cosa, se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando éste no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior.

3.4.6. EFECTOS JURIDÍCOS DE LAS RESERVAS Y DE SUS OBJECIONES

El artículo 21 de la Convención de Viena señala que una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con lo dispuesto por los artículos 19, 29 y 23 de la citada Convención:

- a) Modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma; y
- b) Modificará, en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva.

La reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones *inter se*.

Cuando un Estado haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera ésta no se aplicarán entre los dos Estados, en la medida determinada por la reserva.

3.4.7. CASOS EN QUE NO SE ADMITE FORMULAR RESERVAS

Los únicos casos en los cuales no se admite formular Reservas son los siguientes:

- 1.-Cuando están prohibidas expresamente por el tratado.
- 2.-Cuando no se encuentren dentro de las permitidas por el tratado.
- 3.-Cuando el tratado es omiso al respecto, en este caso las reservas solo se admiten cuando no son contrarias al objeto y fin del tratado en cuestión.

3.4.8. RETIRO DE LAS RESERVAS Y DE LAS OBJECIONES A LAS MISMAS

El artículo 22 de la Convención de Viena, preceptúa que salvo que el tratado disponga otra cosa, una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado que la haya aceptado.

Salvo que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa:

- a) El retiro de una reserva solo surtirá efecto cuando su notificación haya sido recibida por el Estado autor de la reserva.
- b) El retiro de una objeción a una reserva solo surtirá efecto cuando su notificación haya sido recibida por el Estado autor de la reserva.

3.4.9. PROCEDIMIENTO RELATIVO A LAS RESERVAS

El artículo 23 de la Convención de Viena, establece que la aceptación expresa de una reserva así como la objeción a una reserva habrán de formularse por escrito y comunicarse tanto a los Estados contratantes como a los demás Estados facultados para llegar a ser partes en el tratado.

La reserva que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, aceptación o aprobación, habrá de ser confirmada formalmente por el Estado autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso se considerará que la reserva ha sido hecha en la fecha de su confirmación.

La aceptación expresa de una reserva o la objeción hecha a una reserva, anteriores a la confirmación de la misma, no tendrán que ser a su vez confirmadas. El retiro o la objeción hecha a una reserva habrá de formularse por escrito.

3.5. ENTRADA EN VIGOR DE UN TRATADO INTERNACIONAL

La manifestación del consentimiento de los Estados contratantes no constituye el punto final del proceso de celebración de un tratado. Tal momento final es realmente el de la entrada en vigor, es decir, a partir de la fecha en que el tratado comience a obligar a los Estados parte.²⁴

El artículo 24 de Convención de Viena establece que un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha en que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores. Así, por ejemplo, la Convención de Viena de 1969 establece que la misma entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión.

El artículo 24 continúa diciendo: “a falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por tratado”.

Debe mencionarse que el supuesto de que el tratado ya haya entrado en vigor y un Estado desee posteriormente adherirse a él, para este último Estado entrará en vigor a partir del momento en que manifieste su consentimiento, a menos de que el tratado disponga otra cosa.

Ahora bien, nada impide la aplicación provisional de un tratado antes de su entrada en vigor, como lo establece el artículo. 25 de la Convención de Viena, si el tratado así lo dispone o los Estados negociadores lo han convenido.

²⁴ Ortiz, Loretta, Op. Cit. , Pág. 20.

Por último, debe tenerse en cuenta que si bien el tratado no obliga a las partes antes de su entrada en vigor, éstas deberán abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y fin del tratado. Lo anterior en términos del artículo 18 de la Convención de Viena).

3.6.OBSERVANCIA Y APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

El principio básico que rige la observancia de los tratados es el enunciado en el artículo 26 de la Convención de Viena, mismo que establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe (*pacta sunt Servanda*).

Esta observancia de los tratados no se verá obstaculizada por el hecho de que existan normas de derecho interno contrarias a los mismos, ya que los Estados no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado tal y como lo establece el artículo 27 de la citada Convención.

Únicamente podrá solicitarse la nulidad relativa de un tratado por oponerse a normas fundamentales de derecho interno, cuando las violaciones sean manifiestas y evidentes. El artículo 46 de la multicitada Convención, prevé el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio del consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental en su derecho interno. Entendiendo que una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforma a la práctica usual y de buena fe.

3.6.1. ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA

Este artículo contiene el principio *Pacta Sunt Servanda*. El cual establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

3.6.2. APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En cuanto a la aplicación de los tratados, la Convención de Viena regula los siguientes aspectos:

- 1.- La aplicación de los tratados en el tiempo (artículo 28).
- 2.- La aplicación territorial del tratado (artículo 29).
- 3.- La aplicación de tratados sucesivos que contengan disposiciones referentes a la misma materia (artículo 30).

3.6.2.1. TEMPORAL.

La regla general al respecto es que los tratados no se aplicarán retroactivamente, salvo que las partes tengan una intención diferente y que ésta se desprenda del tratado o que conste de otro modo.

3.6.2.2. TERRITORIAL

Los tratados se aplicarán en la totalidad del territorio de cada Estado parte, salvo que las partes tengan una intención diferente y que ésta se desprenda del tratado o que conste de otro modo.

3.6.2.3. RESPECTO DE TRATADOS SUCESIVOS CON DISPOSICIONES RELATIVAS A LA MISMA MATERIA

Este problema es contemplado por el artículo 30 de la Convención de Viena, que se refiere a las relaciones jerárquicas entre tratados vigentes, sobre la misma materia, que se aplican a las mismas partes o partes diferentes.

Este precepto comienza reconociendo la primacía que tienen las obligaciones contraídas por los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas frente a otras derivadas de distintitos tratados.

Su párrafo segundo, contempla la situación de un tratado que especifica que está subordinado a uno anterior o posterior, o que no es incompatible con él, prevalecerán las disposiciones de este último.

El párrafo tercero, señala que cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59 de la Convención de Viena, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

El párrafo cuarto, establece que cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

- a).-En las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados, se aplicará la norma enunciada en el párrafo tercero.
- b).-En las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.

De igual forma contempla que el párrafo cuarto se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 de la Citada Convención y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 del mismo ordenamiento ni ninguna cuestión de responsabilidad

en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.

3.7. LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

El problema de la interpretación de los tratados surge cuando los diversos contratantes adoptan posiciones distintas en cuanto al alcance que haya que dar a determinadas disposiciones contenidas en esos tratados,²⁵ en la práctica la mayoría de los problemas se encuentran relacionados con su interpretación y esto se refleja día a día en el ámbito internacional, por lo que la solución puede buscarse de diferentes modos:

a).- Las partes han incluido en el texto del tratado ciertas cláusulas señalando el sentido que dan a los términos en cuestión. En ese caso habrá que aplicar el criterio adoptado en el tratado, o en los anexos que se hubiesen concebido para ese fin.

b) A veces, en ausencia de toda disposición convencional, cuando el conflicto ya se presentó, las partes concluyeron un nuevo tratado sobre ese punto concreto; lo que se llama un acuerdo de interpretación. Pero puede ocurrir que no haya disposiciones convencionales previas, ni conclusión de un acuerdo posterior. Entonces se acude a ciertas normas que la práctica internacional ha ido consagrando, y que el instrumento de Viena recogió en sus artículos 31 a 33 de la citada Convención.²⁶ Sin embargo puede ocurrir que no haya disposiciones convencionales previas, ni conclusión de un acuerdo posterior. Entonces de acuerdo a ciertas normas que la práctica internacional ha ido

²⁵ Modesto Seara, Op. Cit. , Pág. 212.

²⁶ Ibidem.

consagrando, y que el instrumento de Viena recogió en sus artículos 31 a 33 de la Convención de Viena.

3.7.1. PRINCIPIO DEL SENTIDO CORRIENTE

El artículo 31 de la Convención de Viena, establece como regla general, que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto, teniendo en cuenta su objeto y fin.

Dicho principio establece que lo primordial para la interpretación de un tratado, es el tratado mismo, que su interpretación se debe realizar con la lectura del tratado en su conjunto, nunca de manera aislada, es decir, sus cláusulas deben leerse en su contexto y tomando en consideración tanto el objeto como el fin del tratado.

3.7.2. PRINCIPIO DEL CONTEXTO

El párrafo segundo del artículo 31 de La Convención de Viena, considera que para efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá:

- a).-El texto, su preámbulo y anexos,
- b).-Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
- c).-Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
- d).-Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación o de la aplicación de sus disposiciones;
- e).-Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

f).-Toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Atendiendo a este principio, el tratado se conforma no sólo por el preámbulo, texto y anexos del tratado, sino por cualquier instrumento relacionado con el tratado, apuntando al respecto que el preámbulo es de vital importancia para la interpretación del texto del tratado, que en los anexos puede aparecer alguna manifestación relativa al objeto y fin del tratado, además de que las partes pueden elaborar cualquier instrumento con el que pretendan aclarar el texto del tratado que han celebrado, y que cuando todo esto se lee en su conjunto, se está realizando una interpretación auténtica del contexto del tratado.

3.7.3. PRINCIPIO DE LA CONFORMIDAD CON EL OBJETO Y EL FIN DEL TRATADO

Este principio se aplica a todo el tratado y cualquiera de sus disposiciones, al respecto Loretta Ortiz Ahlf cita el siguiente pensamiento de Yassen: “al interpretar un tratado a la luz de su objeto y fin no disminuye el valor del texto, pues no pueden ser fuente directa y única de una disposición. Ellos, no son más que un elemento entre otros, en función de los cuales debe ser examinado el sentido susceptible de atribuirse a los términos. Por último culmina señalando que la Convención de Viena da prioridad a la interpretación lógico-gramatical o textual admitiendo como complemento de ésta la interpretación teleológica.”²⁷

3.7.4. PRINCIPIO DE LA BUENA FE

En el derecho internacional, al igual que en los derechos internos, la buena fe se ha considerado como un principio general, como se constata

²⁷ Ortiz, Loretta , Op. Cit. , Pág. 24.

frecuentemente por la doctrina y la práctica de los Estados. Citando a Rodrigo Díaz Albonico, se señala que la buena fe puede ser entendida en dos sentidos distintos: el subjetivo, el cual significa “entre otras condiciones, un espíritu de lealtad, de intención recta, de sinceridad que debe predominar a nivel conclusión del acuerdo internacional”, y el objetivo, donde se considera “como un criterio utilizable en la interpretación de naciones jurídicas nacidas a propósito del tratado”.²⁸

Respecto de este principio Max Sorensen señala que: “Es claro que los tratados han de ser interpretados y cumplidos de buena fe, puesto que por su propia naturaleza, son transacciones de buena fe. Sin embargo, en un sentido mas estricto, el sentido de la interpretación de buena fe anuncia reglas subordinadas, tales como la de que los errores obvios de redacción o de reproducción no han de ser considerados; que se supone que las partes hayan querido significar algo en vez de nada; que el tratado debe leerse como un todo, de modo que una cláusula pueda invocarse para ayudar a explicar la ambigüedad de otra; que no debe considerarse que las partes hayan pretendido algo absurdo; y así por el estilo.”²⁹

3.7.5. MEDIOS COMPLEMENTARIOS DE INTERPRETACIÓN DE TRATADOS

En su artículo 32 la Convención de Viena dispone que podrá acudirse a los medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31 de la Convención de Viena, o para determinar el sentido cuando la interpretación realizada conforme a los principios enunciados del artículo 31 de la Convención de Viena

²⁸ Ibidem.

²⁹ Sorensen, Max, Op. Cit. , Págs. 229 y 230.

deje ambiguo u obscuro el sentido o bien conduzca aun resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

3.7.5.1. TRABAJOS PREPARATORIOS

En los sistemas legislativos nacionales, la referencia a los trabajos se excluye de manera definitiva en virtud de que pueden ser tan engañosos como aclaratorios y pueden revelar lo que no fue acordado, sin embargo en materia de tratados internacionales, su referencia no queda excluida totalmente, toda vez que su referencia es permisible cuando el texto del tratado en sí no es claro, lo anterior con la finalidad de evitar que un tratado fracase por ausencia absoluta de algún significado, por tal razón tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional como la Corte Internacional de Justicia, han reiterado su referencia, solo cuando el texto del tratado por sí mismo no es claro.³⁰

3.7.5.2. CIRCUNSTANCIAS DE CELEBRACIÓN DE UN TRATADO

Para interpretar un tratado únicamente puede recurrirse a las circunstancias de celebración de un tratado, cuando el estudio del contexto del tratado deja de revelar un significado claro o produce un resultado absurdo, sin embargo como se ha manifestado con anterioridad, el tratado debe ser interpretado en su conjunto para averiguar la intención de las partes.³¹

3.7.6. REGLA INTERTEMPORAL

El contexto del tratado también comprende todo el conjunto del derecho internacional contemporáneamente en vigor, es decir, que el texto debe leerse

³⁰ Ibidem, Págs. 231 y 232.

³¹ Cfr, Ibidem, Pág. 232.

a la luz del concepto jurídico de las partes. Esto puede implicar la atribución de un significado particular a las palabras empleadas, pues el lenguaje del derecho es técnico. Pero lo que constituye el problema es determinar cual es el derecho vigente al redactarse un tratado.³²

3.7.7. INTERPRETACIÓN DE TRATADOS AUTENTICADOS EN DOS O MÁS IDIOMAS

En el caso de los tratados autenticados en varios idiomas, la Convención de Viena dispone en su artículo 33, los criterios a los cuales debe acudirse:

1.- Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.

2.- Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en el que haya sido autenticado el texto será considerado como texto auténtico únicamente si el tratado o así lo dispone o las partes así lo convinieran

3.- Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.

4.- Salvo en el caso de que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo primero, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, se adoptará el sentido que mejor concilie estos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

³² Ibidem, Pág. 231.

Así, los órganos o jueces encargados de aplicar un tratado autenticado en varios idiomas requieren para realizar su labor de los textos auténticos del mismo, ya que de otra forma no podrá realizarse la interpretación del tratado, en caso de diversidad de los términos en los textos auténticos.

3.8. EFECTOS DE LOS TRATADOS

Un tratado surte efectos desde su fecha de entrada en vigor o desde la fecha en la cual opera.

Cabe destacar la diferencia de los efectos entre las partes del tratado, como de los efectos respecto a terceros.

3.8.1. EFECTOS DE LOS TRATADOS RESPECTO A LAS PARTES

Su finalidad es la de crear entre los Estados parte una obligación internacional que les impone determinada conducta positiva o negativa.

Esa determinada conducta puede referirse al ámbito internacional (tratados de alianza, de comercio, etc.), o puede consistir en una obligación para el Estado de actuar en el ámbito interno en un determinado sentido (convenciones de establecimiento, etc.) imponiendo a sus órganos Ejecutivos, Legislativo o Judicial la acción necesaria para la ejecución del tratado.³³

3.8.2. EFECTOS DE LOS TRATADOS RESPECTO A LOS ESTADOS TERCEROS

³³ Modesto Seara, Op. Cit. , Pág. 213.

En principio, los tratados no pueden producir efectos más que entre los Estados parte en dicho sistema convencional, en virtud de la máxima “*res inter alios acta nec nocere nec prodere potest*”. Sin embargo existen tratados en los que se prevén obligaciones, derechos, revocación o modificación ya sea de derechos u obligaciones de terceros Estados o que incluso establecen normas que llegan a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional.

3.8.2.1. TRATADOS EN QUE SE PREVÉN OBLIGACIONES A TERCEROS ESTADOS

El artículo 35 de la Convención de Viena, contempla que una disposición de un tratado dará origen a una obligación para un tercer Estado si las partes en el tratado tienen la intención de que tal disposición sea el medio de crear la obligación y el tercer Estado acepta expresamente por escrito esa obligación.

3.8.2.2. TRATADOS EN QUE SE PREVÉN DERECHOS PARA TERCEROS

El artículo 36 de la Convención de Viena establece que una disposición de un tratado dará origen a un derecho para un tercer Estado si con ella las partes en el tratado tienen la intención de conferir ese derecho al tercer Estado o a un grupo de Estados al cual pertenezca, o bien a todos los Estado, y al tercer Estado asistente a ello. Su asentamiento se presumirá mientras no haya indicación en contrario, salvo que el tratado disponga otra cosa. Así que un Estado que ejerza un derecho con arreglo al párrafo primero, deberá cumplir con las condiciones que para su ejercicio estén prescritas en el tratado o se establezca conforme a éste.

3.8.2.3. REVOCACIÓN O MODIFICACIÓN DE OBLIGACIONES O DERECHOS DE TERCEROS ESTADOS

El artículo 37 de la Convención de Viena establece que: cuando de conformidad con el artículo 35 de la citada convención se haya originado una obligación para un tercer Estado, tal obligación no podrá ser revocada ni modificada sino con el consentimiento de las partes en el tratado y del tercer Estado, a menos que conste que habían convenido otra cosa al respecto.

Cuando de conformidad con el artículo 36 de la Convención de Viena se haya originado un Derecho para un tercer Estado, tal Derecho no podrá ser revocado ni modificado por las partes si consta que se tuvo la intención de que el Derecho no fuera revocable ni modificable sin el consentimiento del tercer Estado.

3.8.2.4. NORMAS DE UN TRATADO QUE LLEGAN A SER OBLIGATORIAS PARA TERCEROS ESTADOS EN VIRTUD DE UNA COSTUMBRE INTERNACIONAL

El artículo 38 de la Convención de Viena preceptúa que lo dispuesto por los artículos 34 a 37 de dicha convención, no impedirán que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de Derecho Internacional reconocida como tal.

3.9. REVISIÓN DE LOS TRATADOS

De acuerdo a Max Sorensen, la revisión de un tratado sugiere su modificación o enmienda, aclarando que a pesar de ellas, el tratado original queda en vigor, supeditado a cualesquiera modificaciones o enmiendas que se le hicieren. Esta

revisión se realiza a través de un proceso que no es unilateral y requiere el consentimiento de los Estados partes del tratado.³⁴

3.9.1. ENMIENDA

En el régimen de la Convención de Viena la enmienda se concibe como el cambio en alguna o algunas de las disposiciones del tratado, que afecta a todos los Estados parte.³⁵

Conforme el artículo 39 de la Convención de Viena el procedimiento de enmienda requiere del acuerdo de las partes, aplicándose en dicho procedimiento las normas generales de celebración de los tratados.

Por su parte, el artículo 40 de la Convención de Viena respecto de las enmiendas a los tratados multilaterales establece algunas reglas específicas:

1.- Toda propuesta de enmienda debe ser notificada a todas las partes, las cuales tendrán Derecho a participar en la decisión acerca de la acción por tomar y en la negociación y celebración del acuerdo de una enmienda.

2.- Las enmiendas sólo obligan a los Estados parte que las acepten, los Estados parte que no ratifiquen o acepten las enmiendas quedarán sujetos al tratado original. Esta situación es igual a la prevista en el artículo 30 párrafo 4 de la Convención de Viena.

3.- El Estado que llegue a ser parte en el tratado, después de la entrada en vigor del acuerdo en virtud del cual se enmienda, caso en el cual el Estado que se adhiere, si no manifiesta una intención diferente, será parte del tratado

³⁴ Sorensen, Max, Op. Cit. , Pág. 239.

³⁵ Ortiz, Loretta, Op. Cit. , Pág. 25.

enmendado, excepto en sus relaciones con los Estados que no hayan aceptado la enmienda, las cuales se regirán por las disposiciones del tratado originario.

3.9.2. MODIFICACIÓN

La autora Loretta Ortiz Ahlf señala que: la modificación se refiere a un acuerdo celebrado entre algunas de las partes, para modificar el tratado respecto de ellas exclusivamente.

La modificación de los tratados multilaterales, consiste en la celebración de acuerdos para modificar las relaciones entre algunas de las partes.

Deben concurrir dos condiciones:

1- Que la modificación no afecte el disfrute de los Derechos que el tratado concede a otras partes, ni el cumplimiento de sus obligaciones.

2.-Que las disposiciones cuya modificación se solicita no sean incompatibles en la realización del objeto y fin del tratado en su conjunto.

Las partes interesadas deben notificar a las demás su intención de celebrar el acuerdo y la modificación propuesta.

Asimismo citando al autor Jiménez de Aréchega se refiere a estos acuerdos como acuerdos interés y menciona dos ejemplos de los mismos:

1.- Los que acuerda un grupo de Estados de una determinada región, acuerdos regionales, en los que establecen reglas más avanzadas que en el acuerdo general. Este tipo de acuerdos están expresamente autorizados por el acuerdo original, como sucede en el Artículo 53 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas o el XXIV del GATT.

2.- Tratados multilaterales obsoletos en que la modificación se vuelve una válvula de escape; sin esta técnica, en muchos tratados se habría producido un estancamiento.³⁶

3.10. INVALIDEZ Y NULIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En materia de tratados internacionales, no existen requisitos tan formales como en el Derecho interno, en virtud de que lo primordial es la intención de las partes, siendo los únicos puntos a debatir el consentimiento y la legalidad del objeto de los tratados.³⁷

Por su parte Loretta Ortiz Ahlf señala que: las causas de nulidad son taxativas; por tanto, un tratado no puede impugnarse sino por los motivos enumerados en la convención y recurriendo a los procedimientos que la misma establece (Artículo 42 de la Convención de Viena).

Al respecto la Convención de Viena distingue entre:

1.- Causales de Invalidación: que configuran vicios del consentimiento que pueden ser invocados únicamente por la parte afectada entendiendo por dichos vicios la violación de una norma de Derecho interno, la restricción a los poderes del representante, error, dolo y corrupción del representante.

2.- Causales de Nulidad: son la coacción sobre el representante de un Estado o bien sobre un Estado mismo, ya sea por la amenaza, por el uso de la fuerza o por la incompatibilidad de una norma de *ius cogens*.

³⁶ Ibidem, Págs. 25 y 26.

³⁷ Cfr, Sorensen, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, Págs. 221 y 222.

3.10.1. CAUSALES DE INVALIDACIÓN

Las causales de invalidación configuran vicios del consentimiento que únicamente pueden ser invocados por la parte afectada entendiendo por dichos vicios la violación de una norma de derecho interno, la restricción a los poderes del representante, error, dolo y corrupción del representante.

3.10.1. 1. VIOLACIÓN DE UNA NORMA DE DERECHO INTERNO

El artículo 46 de la Convención de Viena dispone:

1.- El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos de que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su Derecho interno.

2.- Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

Esta es una de las cuestiones más debatidas, ya que algunos autores sostienen la tesis llamada de los constitucionalistas, misma que consideran que no es válido el tratado celebrado en violación a las disposiciones constitucionales. Otros en cambio, siguen la escuela internacionista, en la que se afirman que el tratado al ser internacionalmente válido, obliga al Estado.

La Convención de Viena adopta una postura ecléctica tomando como punto de partida la escuela internacionalista, en ese tenor el Derecho Internacional debe tener en cuenta sólo la manifestación externa de voluntad del Estado y por tanto existe la presunción de que cada uno de los Estados ha cumplido o cumplirá con sus disposiciones internas.

De otra forma sería muy endeble el fundamento de obligatoriedad de los tratados frente al derecho interno, ya que en cualquier momento podría darse la situación de que un Estado alegara la falta de cumplimiento de sus disposiciones de Derecho interno a fin de soslayar los términos del tratado.³⁸

3.10.1.2. RESTRICCIÓN A LOS PODERES DEL REPRESENTANTE

El artículo 47 de la Convención de Viena señala que: si los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado determinado ha sido objeto de una restricción específica, la inobservancia de esa restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado por él, a menos que la restricción haya sido notificada, con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento, a los demás Estados negociadores.

Esta causal de nulidad se refiere a la hipótesis de un representante del Estado que si bien tiene poderes para manifestar el consentimiento, éstos son limitados, pese a lo cual actúa haciendo caso omiso de tales restricciones. Sólo se puede alegar esta causal de nulidad si la restricción a sido notificada previamente a los demás estados negociadores.³⁹

³⁸ Ortiz, Loretta, Op. Cit. , Pág. 27.

³⁹ Ibidem, Pág. 28.

3.10.1.3. ERROR

El artículo 48 de la Convención de Viena dispone lo siguiente:

1.- Un estado podrá alegar un error en un tratado como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado, si el error se refiere a un hecho o a una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de la celebración del tratado y constituyera una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado.

2.- El párrafo primero no se aplicará si el Estado de que se trate contribuyó con su conducta al error o si las circunstancias fueron tales que hubiera quedado advertido de la posibilidad de error.

3.- Un error que concierne sólo a la redacción del texto de un tratado no afectará la validez de este; en tal caso se aplicará el artículo 79 de la Convención de Viena.

Este artículo permite invocar el error como vicio del consentimiento únicamente si este recaen en un hecho o una situación que ha determinado al Estado a dar su consentimiento.

La parte que invoca el error como causa de nulidad debe demostrar que no procedió de mala fe y que su comportamiento no fue negligente. Por otro lado, es importante destacar que el error no invalida *ipso facto* el tratado, sino que otorga la facultad, a la parte que debido al error se vio inducida a consentir en el tratado, a alegar el error como vicio del consentimiento. El efecto será hacer *nulo ab initio* la manifestación del consentimiento del Estado afectado.⁴⁰

⁴⁰ Ibidem.

3.10.1.4. DOLO

El artículo 49 de la Convención de Viena establece que: si un Estado ha sido inducido a celebrar un tratado por la conducta fraudulenta de otro Estado negociador, podrá alegar el dolo como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado.

Cabe señalar que el dolo ciertamente causa error, pero el error en este caso es provocado por una conducta fraudulenta de la contraparte, de ahí que aún cuando el error no sea esencial o determinante y medie esta conducta fraudulenta, hay causa de nulidad. Respecto al efecto de la sanción, no es el de hacer que el tratado sea nulo *ipso facto*, sino permitir a la parte perjudicada alegar el dolo, si así lo desea, para invalidar su consentimiento.⁴¹

3.10.1.5. CORRUPCIÓN DEL REPRESENTANTE

El artículo 50 de la Convención de Viena establece que: si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquél Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado.

3.10.2. CAUSALES DE NULIDAD

Las causales de nulidad afectan la voluntad de los Estados contratantes, la Convención de Viena señala que puede ser la coacción sobre el Representante del Estado, sobre el Estado mismo por la amenaza o el uso de la fuerza o bien por la incompatibilidad de una norma de *ius cogens*.

⁴¹Ibidem, Pág. 29.

3.10.2.1. COACCIÓN SOBRE EL REPRESENTANTE DE UN ESTADO

El artículo 51 de la Convención de Viena dispone: La manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que haya sido obtenida por coacción sobre su representante mediante actos o amenazas dirigidas contra él, carecerá del todo efecto jurídico. Se establece una causal de nulidad absoluta sin embargo lo que se anula no es el tratado, sino la manifestación del consentimiento, en virtud de que se obtuvo mediante coacción.

Dentro del Derecho Internacional ha venido aceptándose la distinción entre la coacción que se ejerce sobre el representante del Estado que va a negociar o está negociando un tratado, o que va a ratificarlo, y la que se ejerce sobre el mismo Estado.

La Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, considera coacción sobre el representante a todas las formas de intimidación de que puede ser objeto un representante personalmente, y no como Estado. Se señala que si bien se establece una causal de nulidad absoluta, lo que se anula no es el tratado, como ocurre en los casos de los artículos 52 y 53 de la Convención de Viena, sino la manifestación del consentimiento, siempre que se obtenga mediante coacción y cuando se haya empleado violencia sólo contra una de las partes y no contra las demás.⁴²

3.10.2.2. COACCIÓN SOBRE EL ESTADO POR LA AMENAZA O EL USO DE LA FUERZA

El artículo 52 de la Convención de Viena dispone que es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de Derecho Internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas. Dicho artículo establece como sanción una nulidad no

⁴² Ibidem, Pág. 30.

subsana da y susceptible de ser planteada por cualquier Estado interesado, aunque no haya sido víctima de la coacción.

El principio del no uso de la fuerza armada constituye actualmente un principio básico de la Organización de las Naciones Unidas y se ha configurado en norma de *ius cogens*. El artículo 52 de la Convención de Viena establece como sanción una nulidad no subsanable y susceptible de ser planteada por cualquier Estado interesado, aunque no haya sido víctima de la coacción. La redacción del artículo es tan amplia que cubre incluso la posibilidad de que el tratado sea nulo aún cuando la fuerza no se haya dirigido contra un Estado parte del acuerdo.⁴³

3.10.2.3. INCOMPATIBILIDAD CON UNA NORMA DE *IUS COGENS*

La Convención de Viena en su artículo 53 señala que: Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter.

Las normas de *ius cogens* tienen las siguientes características:

- 1.- Son normas de derecho internacional general, que obligan a todos los Estados.
- 2.- Son normas imperativas, que no admiten acuerdo en contrario.

⁴³ Ibidem, Pág. 31.

3.- Debe ser reconocida por la comunidad Internacional en su conjunto.

4.- Será modificable por otra norma que tenga el mismo carácter.⁴⁴

3.10.3. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DE UN TRATADO

El artículo 69 de la Convención de Viena establece que es nulo un tratado cuya nulidad quede determinada en virtud de la propia Convención y que las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica. Asimismo señala que si no obstante se han ejecutado actos basándose en tal tratado:

a).-Toda parte podrá exigir de cualquier otra parte que en la medida de lo posible establezca en sus relaciones mutuas la situación que habría existido si no se hubiesen ejecutado esos actos;

b).-Los actos ejecutados de buena fe antes de que se haya alegado la nulidad no resultarán ilícitos por el sólo hecho de la nulidad del tratado.

3.11. TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS

La terminación exime a las partes de seguir cumpliendo el tratado a partir de la misma, sin afectar ningún derecho, obligación o situación jurídica creada por el tratado durante su período de vigencia⁴⁵

La terminación puede ocurrir por una de las tres formas siguientes:

1) de acuerdo con las disposiciones expresas o tácitas del tratado mismo;

2) de acuerdo con un convenio nuevo entre las partes;

3) por virtud de la actuación del derecho.⁴⁶

⁴⁴ Ibidem, Pág. 31

⁴⁵ Ibidem, Pág. 35.

3.11.1. CAUSAS DE TERMINACIÓN ESTABLECIDAS EN LA CONVENCION DE VIENA

La Convención de Viena establece de manera expresa como causas de terminación del tratado, la voluntad de las partes, la denuncia, la celebración de un tratado posterior, la violación grave del tratado, la imposibilidad subsiguiente del cumplimiento, el cambio fundamental de circunstancias y la aparición de una nueva norma internacional de *ius cogens*.

3.11.1.1. VOLUNTAD DE LAS PARTES

El artículo 54 de la Convención de Viena señala que la terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar:

- a).-Conforme a las disposiciones del tratado; o
- b).-En cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes.

3.11.1.2. DENUNCIA

El artículo 56 de la Convención de Viena establece que un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo no podrá ser objeto de denuncia o retiro del mismo a menos:

- a).- Que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o retiro; o
- b).- Que el Derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.

⁴⁶ Sorensen, Max, Op. Cit. , Pág. 243.

De igual forma la Convención de Viena señala que una parte deberá notificar con doce meses de anticipación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él conforme a lo arriba establecido.

3.11.1.3. CELEBRACIÓN DE UN TRATADO POSTERIOR

El artículo 59 de la citada Convención, establece que se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia, y:

- a).-Se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado;
- b).-Las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior, de tal manera que los dos tratados no puedan aplicarse simultáneamente.

3.11.1.4. VIOLACIÓN GRAVE DE UN TRATADO

El artículo 60 de la referida Convención, establece la violación grave de un tratado se constituye por :

- a).- El rechazo del tratado no admitido por la Convención de Viena
- b).- La violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado.

La Convención distingue entre tratados bilaterales y multilaterales. En el caso de bilaterales apunta que la violación grave por una de las partes facultará a la

otra parte para alegar una violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente. En el caso de los multilaterales la violación grave por una de las partes facultará a las otras, procediendo por acuerdo unánime, para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o a darlo por terminado, sea en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación o bien entre todas las partes. De igual forma faculta a una parte especialmente perjudicada por la violación, para alegar ésta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación. Por último se faculta a cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado.

3.11.1. 5. IMPOSIBILIDAD SUBSIGUIENTE DE CUMPLIMIENTO

El artículo 61 de la multicitada Convención, señala que una parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado como una causa para darlo por terminado o para retirarse de él si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitiva de objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Si la imposibilidad es temporal, podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado.

La imposibilidad de cumplimiento no podrá alegarse por una de las partes como causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación si resulta de una violación, por la parte que lo alegue, de una obligación nacida del tratado o de otra obligación internacional con respecto a cualquier parte en el tratado.

3.11.1. 6. CAMBIO FUNDAMENTAL DE CIRCUNSTANCIAS

El artículo 62 de la referida Convención, establece que un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que:

a).- La existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y

b).- Ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

De igual forma se establece que un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:

a).- Si el tratado establece una frontera.

b).- Si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

3.11.1. 7. APARICIÓN DE UNA NUEVA NORMA INTERNACIONAL DE *IUS COGENS*.

El artículo 64 de la Convención de Viena señala que para el caso de que surja una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general, todo tratado existente que éste en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

3.11.2. CONSECUENCIAS DE LA TERMINACIÓN DE UN TRATADO.

El artículo 70 del ordenamiento citado, establece que salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la terminación de un tratado en virtud de sus disposiciones o conforme a la propia Convención:

- a).- Eximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado,
- b).- No afectará a ningún Derecho, obligación o situación jurídica de las partes, creado por la ejecución del tratado antes de su terminación.

En ese mismo tenor señala que si un Estado denuncia un tratado multilateral o se retira de él, se aplicará lo arriba mencionado a las relaciones entre ese Estado y cada una de las demás partes en el tratado desde la fecha en que surta efectos tal denuncia o retiro.

3.12. SUSPENSIÓN DE LOS TRATADOS.

Es la exención a los Estados parte del mismo, de no cumplir el tratado durante cierto período.⁴⁷

3.12.1. LA SUSPENSIÓN DE ACUERDO A LA CONVENCIÓN DE VIENA.

⁴⁷ Ortiz, Loretta, Op. Cit. , Pág. 39.

La suspensión no significa otra cosa que la exención a los Estados parte de la Convención de Viena, de no cumplir el tratado durante cierto período. Esta suspensión terminará cuando desaparezcan las causas que lo motivaron.⁴⁸

El artículo 57 de la referida Convención establece que la aplicación de un tratado podrá suspenderse con respecto a todas las partes o a una parte determinada:

- a).- Conforme a las disposiciones del tratado; o
- b).- En cualquier momento, por consentimiento de todas las partes, previa consulta con los demás Estados contratantes.

Al igual que en el caso de terminación, los tratados pueden suspenderse por la voluntad de las partes. En el supuesto de un tratado multilateral, el artículo 58 de la Convención de Viena admite la posibilidad de que dos o más Estados celebren acuerdos para suspender temporalmente la aplicación de sus disposiciones en sus relaciones mutuas, siempre que:

- 1.- Esté prevista la suspensión en el tratado o no esté prohibida en el mismo.
- 2.- No se afecte el disfrute de los Derechos que corresponden al resto de los Estados parte o el cumplimiento de sus obligaciones.
- 3.- La suspensión no debe ser incompatible con la realización del objeto y fin del mismo tratado.

Además del acuerdo de voluntades como causa de suspensión del tratado, la Convención de Viena admite esta posibilidad en los siguientes casos:

- 1.- Por la celebración de un tratado posterior sobre la misma materia

⁴⁸Ibidem.

- 2.- Violación grave de un tratado
- 3.- Imposibilidad temporal de cumplir con el tratado
- 4.- Cambio fundamental de circunstancias

3.12.2. CONSECUENCIAS DE LA SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE UN TRATADO INTERNACIONAL

Por su parte, el artículo 72 de la Convención de Viena refiere que salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la suspensión de la aplicación de un tratado basada en sus disposiciones o conforme a la propia Convención:

- a).- Eximirá a las partes entre las que se suspenda la aplicación del tratado de la obligación de cumplirlo en sus relaciones mutuas durante el período de suspensión.
- b).- No afectará de otro modo a las relaciones jurídicas que el tratado haya establecido entre las partes.

Señala que durante el período de suspensión, las partes deberán de abstenerse de todo acto encaminado a obstaculizar la reanudación de la aplicación del tratado.

3.13. DEPÓSITO, REGISTRO Y PUBLICACIÓN DE LOS TRATADOS.

La función del depósito de los tratados cobra importancia con la celebración de los tratados multilaterales, que cada vez son más frecuentes. Así, se ve la necesidad de nombrar un depositario, que normalmente es el Estado sede de la conferencia internacional donde se adopta el tratado, o el principal funcionamiento administrativo de los Organismos Internacionales.

La Convención de Viena consideró esta práctica en su artículo 76, el cual señala que:

1.- La designación del depositario de un tratado podrá efectuarse por los Estados negociadores en el tratado mismo, o de otro modo. El depositario podrá ser uno o más Estados, una Organización Internacional o el principal funcionario administrativo de tal organización.

En el artículo 77 de la referida Convención se señalan las funciones del depositario, en cuya realización deberá actuar imparcialmente.

Por lo que se refiere el registro, la Carta de Naciones Unidas en su artículo 102 establece que la falta de registro conduce a la imposibilidad de invocar el tratado o acuerdo en cuestión, ante cualquier órgano de la ONU. Esta regulación parece ser adecuada, al no afectar la validez del tratado. Una vez registrados los tratados, la Secretaría debe publicarlos lo antes posible.⁴⁹

3.14.- LA RECEPCIÓN DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO INTERNO.

Los sistemas de recepción o incorporación de los tratados a los sistemas jurídicos internos pueden clasificarse en dos grandes grupos; los de incorporación automática y los de recepción especial.

La recepción especial requiere una transformación del tratado, mediante un acto de producción normativa interna (ley, decreto, orden). Siguen este sistema Estados tan distintos como el Reino Unido, otros países del Commonwealth, Israel, Italia y la Unión Soviética (actual Comunidad de Estados Independientes).

⁴⁹ Ibidem, Págs. 39 y 40.

Por otro lado, la recepción automática no requiere de ningún acto normativo especial para la incorporación, una vez que el tratado es obligatorio internacionalmente y exigiendo eventualmente la publicación del mismo, éste se incorpora al sistema jurídico interno. La mayoría de los países de Europa Occidental y de América siguen este sistema.⁵⁰

3.15. LEY SOBRE LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS.

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1992 y entró en vigor a partir del 3 de enero de 1992.

Tiene por objeto regular la celebración de tratados y acuerdos interinstitucionales en el ámbito internacional.

Establece que los tratados sólo podrán ser celebrados entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público. Los acuerdos interinstitucionales sólo podrán ser celebrados entre una dependencia u organismos descentralizados de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales.

En su artículo 2, las siguientes definiciones:

I.-Tratado: es el convenio regido por el Derecho Internacional Público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos. Señala que de conformidad con la fracción I

⁵⁰ Ibidem, Pág. 40.

del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados deberán ser aprobados por el Senado y serán Ley Suprema de toda la Unión cuando estén de acuerdo con la misma, en los términos del artículo 133 de la propia Constitución.

II.- Acuerdo Interinstitucional: es el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado. El ámbito material de los acuerdos interinstitucionales deberá circunscribirse exclusivamente a las atribuciones propias de las dependencias y organismos descentralizados de los niveles de gobierno mencionados que los suscriben.

III.- Firma ad referéndum: es el acto mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos hacen constar que su consentimiento en obligarse por un tratado requiere, para ser considerado como definitivo, de su posterior ratificación.

IV.- Aprobación: es el acto por el cual el Senado aprueba los tratados que celebra el Presidente de la República.

V.- Ratificación, adhesión o aceptación: es el acto por el cual los Estados Unidos Mexicanos hacen constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.

VI.- Plenos Poderes: es el documento mediante el cual se designa a una o varias personas para representar a los Estados Unidos Mexicanos en cualquier acto relativo a la celebración de tratados.

VII.- Reserva: es la declaración formulada al firmar, ratificar, aceptar o adherirse a un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a los Estados Unidos Mexicanos.

VIII.- Organización Internacional: es la persona jurídica creada de conformidad con el Derecho Internacional Público.

El artículo 3, establece que corresponde al Presidente de la República otorgar Plenos Poderes.

Por su parte el Artículo 4, señala que los tratados que se sometan al Senado para los efectos de la fracción I del artículo 76 de la Constitución, se turnarán a comisión en los términos de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, para la formulación del dictamen que corresponda. En su oportunidad, la resolución del Senado se comunicará al Presidente de la República. Los tratados, para ser obligatorios en el territorio nacional deberán haber sido publicados previamente en el Diario Oficial de la Federación.

El artículo 5, preceptúa que la voluntad de los Estados Unidos Mexicanos para obligarse por un tratado se manifestará a través de 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.

El artículo 6, establece que la Secretaría de Relaciones Exteriores, sin afectar el ejercicio de las atribuciones de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, coordinará las acciones necesarias para la celebración de cualquier tratado y formulará una opinión acerca de la procedencia de suscribirlo y, cuando haya sido suscrito, lo inscribirá en el Registro correspondiente.

El artículo 7, ordena a las dependencias y organismos descentralizados de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal deberán mantener informada a la Secretaría de Relaciones Exteriores acerca de cualquier acuerdo interinstitucional que pretendan celebrar con otros órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales. La Secretaría deberá formular el dictamen correspondiente acerca de la procedencia de suscribirlo y, en su caso, lo inscribirá en el Registro respectivo.

Por su parte el artículo 8, apunta que cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que contenga mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que sean parte, por un lado la Federación, o personas físicas o morales mexicanas y, por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeras u organizaciones internacionales, deberá:

- I.-Otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en la controversia el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional;
- II.-Asegurar a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas; y
- III.-Garantizar que la composición de los órganos de decisión aseguren su imparcialidad.

Asimismo el artículo 9, señala que el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos no reconocerá cualquier resolución de los órganos de decisión de los mecanismos internacionales para la solución de controversias a que se refiere el artículo 8o. cuando esté de por medio la seguridad del Estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la Nación.

El artículo 10, se establece que de conformidad con los tratados aplicables, el Presidente de la República nombrará, en los casos en que la Federación sea

parte en los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales a los que se refiere el artículo 8o. a quienes participen como árbitros, comisionados o expertos en los órganos de decisión de dichos mecanismos.

Finalmente el artículo 11, señala que las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales derivados de la aplicación de los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales a que se refiere el artículo 8o., tendrán eficacia y serán reconocidos en la República, y podrán utilizarse 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.

3.16.LEY SOBRE LA APROBACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA ECONÓMICA.

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de Septiembre de 2004 y entró vigor a partir del 3 de Septiembre de 2004.

El capítulo primero es el relativo a las Disposiciones Generales.

En el artículo 1, se establece que la ley es de orden público y tiene como objeto reglamentar el artículo 93 de la Constitución General de la República en materia de las facultades constitucionales del Senado de requerir información a los secretarios de estado, jefes de departamento administrativo, así como a los directores de los organismos descentralizados competentes sobre la negociación, celebración y aprobación de tratados relacionados con el comercio de mercancías, servicios, inversiones, transferencia de tecnología, propiedad intelectual, doble tributación, cooperación económica y con las demás materias a que se refiere este ordenamiento cuando se relacionen con las anteriores.

En el artículo 2, se establece que para los efectos de esta ley se entenderá por tratados lo establecido por la Ley Sobre la Celebración de Tratados.

Estarán de acuerdo con la Constitución General de la República respetando: Las garantías individuales, la división de poderes, la distribución de facultades y las potestades de los órganos representantes del pueblo.

El capítulo segundo se refiere a los Objetivos de la Celebración de Tratados, mismo que se divide en las siguientes secciones:

Sección I, de los Objetivos Generales

El artículo 3, indica que para la aprobación de un tratado se observarán los siguientes objetivos generales:

- I. Contribuir a mejorar la calidad de vida y el nivel de bienestar de la población mexicana;
- II. Propiciar el aprovechamiento de los recursos productivos del país;
- III. Promover el acceso de los productos mexicanos a los mercados internacionales;
- IV. Contribuir a la diversificación de mercados;
- V. Fomentar la integración de la economía mexicana con la internacional y contribuir a la elevación de la competitividad del país, y
- VI. 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 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sección II, de los Objetivos Particulares

El artículo 4, señala que para la aprobación de un tratado se observará congruencia con los siguientes objetivos particulares según proceda:

- I. En materia de solución de controversias:

- a) Otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en la controversia el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional;
- b) Asegurar a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas, y
- c) Garantizar que la composición de los órganos de decisión aseguren su imparcialidad;

II. En materia de prácticas desleales de comercio exterior:

- a) Fomentar la libre competencia y buscar las sanas prácticas de competencia, y
- b) Prever y promover mecanismos para contrarrestar los efectos de las prácticas desleales de comercio de los países con los que se contrate;

III. Fomentar el respeto de los derechos de propiedad intelectual;

IV. Impulsar el 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;

V. Impulsar la eliminación o reducción de obstáculos innecesarios al comercio que sean incompatibles con la ley y con los compromisos internacionales;

VI. Prever que las normas de los tratados consideren las asimetrías, diferencias y desequilibrios así como las medidas correspondientes para compensarlas, y

VII. Los demás objetivos que correspondan a la naturaleza del tratado.

El Capítulo III, se refiere a los Procedimientos de Información sobre la Celebración de Tratados.

El artículo 5, establece que al inicio de cada periodo ordinario de sesiones, el Senado, a través de las comisiones competentes, requerirá un informe a las Secretarías de Estado y a cualquier organismo de la administración pública federal que represente a México sobre el inicio de negociaciones formales de un tratado.

Dicho informe deberá contener:

- I. Las razones para negociar así como las consecuencias de no hacerlo;
- II. Los beneficios y ventajas que se espera obtener de la negociación y la expectativa de cumplir con los objetivos de esta ley que correspondan conforme al tratado que se pretende celebrar, y
- III. Un programa inicial del proceso de negociación calendarizado.

Las comisiones a las que se turne el informe podrán crear, por cada tratado, una subcomisión plural para dar seguimiento, proponer acciones legislativas, recabar y obtener información sobre el estado que guardan las negociaciones, entrevistar a servidores públicos, representantes de grupos de interés, peritos o cualquier persona que pueda aportar conocimientos y experiencia sobre las negociaciones.

El artículo 6, establece que con base en la información sobre el avance de las negociaciones las comisiones a las que haya sido turnado el informe, o en su caso, la subcomisión a la que se refiere el artículo anterior, deberán requerir a las Secretarías de Estado y a cualquier organismo de la Administración Pública Federal que represente a México en las negociaciones, con la anticipación necesaria a la fecha determinada para la firma del tratado correspondiente, un informe sobre el resultado final completo de las negociaciones, y sobre la forma en que se atendieron los objetivos de esta ley.

Asimismo, el informe contará con una explicación amplia y detallada de:

- I. Los beneficios que se obtuvieron en la negociación;

- II. Los alcances de la negociación;
- III. Los compromisos de la negociación, y
- IV. Las normas legales y administrativas que tendrían que modificarse de acuerdo con el tratado.

El artículo 7, establece que el Senado de la República con base en la información a que se refiere el artículo anterior y de conformidad con los artículos 58 y 59 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, emitirá si lo considera necesario, un Punto de Acuerdo, relativo al contenido del informe.

El artículo 8, establece que en el periodo comprendido entre las fases señaladas en los artículos 5 y 6 de la presente ley, las Secretarías de Estado y cualquier organismo de la Administración Pública Federal encargado de la representación de México en las negociaciones deberán presentar informes periódicos con base en el programa inicial al que se refiere la fracción III del artículo 5, a las Comisiones Legislativas a las que haya sido turnado el informe de inicio de negociaciones, o en su caso, a la subcomisión correspondiente.

Las Comisiones, o en su caso la subcomisión, estarán facultadas para requerir y obtener la información mencionada. Podrán allegarse de estudios que realice el personal a su cargo o los que requieran a las dependencias competentes del Poder Ejecutivo.

Las comisiones, o en su caso, la subcomisión podrá citar a comparecencia a las y los funcionarios señalados.

El artículo 9, establece que 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.

El artículo 10, establece que para la aprobación a que se refiere el artículo anterior de la presente Ley, el Senado de la República, o en su caso la Comisión Permanente deberán turnar el tratado a las comisiones competentes, en la sesión siguiente a la fecha en que el Ejecutivo Federal lo haya sometido al Senado.

El capítulo IV, se refiere a la Participación de los Poderes de las Entidades Federativas y de las Organizaciones Empresariales, Ciudadanas y Sindicales.

El artículo 11, establece que sin distinción alguna los ciudadanos y las organizaciones empresariales, ciudadanas y sindicales podrán emitir su opinión ante el Senado de la República.

Las comunicaciones entre ciudadanos, organizaciones y las comisiones correspondientes podrán ser orales en audiencia o por escrito. En todo caso, serán públicas, salvo disposición legal en contrario.

El artículo 12, establece que el Senado de la República, a través de sus comisiones, escuchará y tomará en cuenta las propuestas que le hagan llegar o que presenten los Gobiernos y Congresos Locales.

Finalmente el Capítulo V, se refiere a las Disposiciones Generales

El Artículo 13, preceptúa que para el cálculo de los plazos y términos que fija esta Ley se entiende por días hábiles todos los días exceptuando los sábados y domingos así como los días que establece el artículo 74 de la Ley Federal del Trabajo.

Por último el artículo 14, señala que en todo lo no dispuesto por la presente Ley se aplicarán supletoriamente la Ley de Comercio Exterior, la Ley sobre la Celebración de Tratados y los demás ordenamientos que resulten aplicables.

CAPÍTULO 4

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

4.1. FRANCIA

4.1.1. HISTORIA

La puesta en marcha de un control jurisdiccional de la constitucionalidad de normas jurídicas, es una creación reciente en la historia del constitucionalismo francés, en virtud de que existía una negación completa a la creación de mecanismos de control de la constitucionalidad, ello derivado de la concepción francesa de la soberanía de la ley (entendiéndola como la expresión de voluntad general, en términos del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789).

La existencia de una institución encargada de examinar la conformidad de la ley con la Constitución, es una innovación de la Quinta República Francesa y de manera específica de la Constitución del 4 de Octubre de 1958, que dedica un título completo a un Consejo Constitucional.

Concebido inicialmente como un árbitro cuya función principal era controlar el respeto del ámbito de la ley por el legislador, el Consejo se volvió entonces en un juez de la conformidad de la ley con el conjunto de las reglas y de los principios de valor constitucional.

Inicialmente, la Constitución no hace del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias una de las competencias esenciales del Consejo constitucional. Aquellas de sus atribuciones que, en 1958, aparecían preponderantes eran la apreciación del reparto de los ámbitos respectivos de la ley y del reglamento, recientemente instituido a fin de preservar frente

al Parlamento el ejercicio del poder reglamentario, así como el control de las elecciones presidenciales, parlamentarias y las operaciones de referéndum previsto por los artículos 58, 59 y 60 de la Constitución. En esa época, la posibilidad de interponer un recurso ante el Consejo constitucional sobre la conformidad de una ley o de un tratado con la Constitución, antes de su entrada en vigor, sólo estaba reservada a cuatro autoridades : el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente del Congreso de diputados francés y el Presidente del Senado. Nadie preveía entonces que a semejanza de los tribunales constitucionales americanos o europeos, el Consejo constitucional sería conducido a ocupar el puesto preeminente que es hoy el suyo en el equilibrio institucional y en la protección de las libertades fundamentales.

La evolución jurídica que consiste en garantizar el respeto por el legislador de los derechos fundamentales con valor constitucional se hizo en dos etapas sucesivas.

Primero, el Consejo constitucional resolvió un debate sobre el valor jurídico del Preámbulo de la Constitución de 1958, el cual se refiere al Preámbulo de la Constitución de la IV República y a la Declaración de los derechos humanos y del ciudadano de 1789. Cuando una parte de la doctrina y de los redactores de la Constitución sólo veían en los principios contenidos en estos textos afirmaciones privadas de alcance directo, el Consejo constitucional, a partir de 1970, y después con una decisión esencial del 16 de julio de 1971 reconoció su valor jurídico. En esta ocasión, destacó del Preámbulo de la Constitución de 1946 el carácter constitucional de la libertad de asociación, principio fundamental reconocido por las leyes de la República.

Este fortalecimiento del papel del Consejo en el orden jurídico se debe también a la revisión constitucional del 29 de octubre de 1974, que extiende a 60 diputados o 60 senadores la posibilidad de impugnar la

constitucionalidad de una ley ordinaria. Esta revisión tuvo, a partir de su entrada en vigor, un efecto muy directo sobre el número de recursos pero también sobre la naturaleza de los textos sometidos al control de constitucionalidad. En efecto, confiere a la oposición un medio para desarrollar argumentos a fin de impugnar la constitucionalidad de leyes con un contenido al cual no adhiere. La posibilidad de interponer un recurso ante el Consejo constitucional se vuelve así en un poder esencial para la oposición parlamentaria.¹

4.1.2. CONSEJO CONSTITUCIONAL

Es considerado el prototipo de un órgano político de control de la constitucionalidad. La actividad primordial del Consejo Constitucional, se traduce en un control de la constitucionalidad de las normas jurídicas, control que se realiza *a priori*, es decir, antes de la entrada en vigor de las normas, mediante la verificación de su conformidad con la Constitución, así como con las normas de referencia o bloque de constitucionalidad (que se integra con la Constitución de 1958 y su Preámbulo, el Preámbulo de la Constitución de 1946, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como con los Principios Fundamentales, Políticos, Económicos y Sociales) a cuyo respeto se someten las normas jurídicas y que culmina con la declaración total (que tiene como efecto impedir que dicha ley entre en vigor) o parcial (puede ser promulgada si el cuerpo de sus disposiciones puede separarse de las disposiciones inconstitucionales) de inconstitucionalidad.

El Consejo Constitucional tiene una jurisdicción de atribución que conlleva la obligación de emitir una resolución sobre cuestiones relativas al orden

¹ Consejo Constitucional en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

constitucional, únicamente cuando exista dicho señalamiento en una norma jurídica, es decir, el Consejo Constitucional puede actuar exclusivamente cuando la Constitución, un texto legal u ordenanza, lo autorizan a realizar el control o verificación de la constitucionalidad, ya sea en materia de consulta o bien jurisdiccional. Actualmente existen dos casos en que el Consejo puede realizar el control de la constitucionalidad aún cuando no exista señalamiento alguno que faculte su actuar, el primero es cuando el Consejo emite un visto bueno sobre la decisión de recurrir al referéndum, aún cuando en principio sólo está autorizado para vigilar tanto el desarrollo como el resultado del mismo y el segundo es cuando verifica la ausencia del Presidente de la República, en este supuesto el control únicamente debe limitarse a verificar el impedimento del Jefe de Estado para ejercer sus funciones; en el pasado el Consejo llegó a admitir recursos presentados por 60 parlamentarios en relación a la Revisión de Compromisos Internacionales, aun cuando los parlamentarios solo podían presentarlos tratándose de leyes.

Existen varias etapas en el desarrollo del Consejo Constitucional francés, la primera etapa abarcó la concepción de dicho Consejo como un instrumento de defensa de la Constitución, así como el inicio de su funcionamiento y culminó en el año de 1959; la segunda etapa inició en 1974 con la reforma que permitió el acceso de las minorías parlamentarias para recurrir la constitucionalidad de las leyes ordinarias y culminó en 1981; el tercer periodo comenzó en el año antes referido, con la llegada de la izquierda al poder (por primera vez en la Quinta República) y terminó en 1986; período en que el Consejo se pronunció sobre las reformas políticas introducidas por la izquierda; el cuarto período fue a partir de 1986, éste se caracterizó por la alternancia en el poder, en el que el Consejo jugó un

importante papel en las experiencias políticas de cohabitación, a través del cual se consolidará definitivamente como juez constitucional. ²

4.1.3.COMPOSICIÓN

El Consejo Constitucional se compone con un presidente y con miembros tanto de hecho, como de derecho. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto por el artículo 56 de la Constitución Francesa del 4 de octubre de 1958.³

El Presidente del Consejo, es designado por el Presidente de la República. Sus funciones son convocar y conducir las sesiones del Consejo, administrar el presupuesto previsto en el gasto general de la República. Se caracteriza por tener voto de calidad cuando existe empate en los casos de votación y deliberación.

Los Miembros de Derecho, son aquellos designados expresamente por la Constitución Francesa y se caracterizan por no estar sometidos a un proceso de selección o designación, ya que la propia Constitución señala que son los ex presidentes de la República Francesa cuya duración en el cargo es vitalicia.

Los Miembros de Hecho, son aquéllos que se eligen de manera libre y sin restricción de edad o profesión, ya sea por el Presidente de la Republica, por el Presidente del Senado o por el Presidente de la Asamblea Nacional. La propia Constitución señala que son nueve los miembros de hecho, de

² Consejo Constitucional en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

³ Constitución de Francia de la Quinta República del 4 de octubre de 1958. Texto actualizado después de la Reforma Constitucional de 2 de octubre de 2000, visible en : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

los cuales tres son elegidos por el Presidente de la República, tres por el Presidente del Senado y tres por el Presidente de la Asamblea Nacional. Su duración en el cargo es por nueve años y su designación no es renovable. Estos miembros cambian de manera terciada cada 3 años, entrando en funciones a principios del mes de marzo cada 3 años.

4.1.4. COMPETENCIA DEL CONSEJO

Su competencia puede clasificarse en dos categorías :

1- Una competencia jurisdiccional compuesta de dos contenciosos distintos:

a) Un contencioso normativo. Se caracteriza por ser abstracto, facultativo para las leyes ordinarias o los compromisos internacionales, obligatorio para las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias. Este control se ejerce por vía de acción después del voto del Parlamento pero antes de la promulgación de la ley, la ratificación o la aprobación de un compromiso internacional y la entrada en vigor de los reglamentos de las asambleas. La competencia facultativa puede ejercerse por iniciativa sea de una autoridad política (Presidente de la República, Primer Ministro, Presidente del Congreso de diputados francés o del Senado) sea de 60 diputados o de 60 senadores.

Desde 1999, el Consejo constitucional puede examinar la conformidad con la Constitución de las leyes del país adoptadas por el congreso de Nueva Caledonia y que fueron objeto de dos deliberaciones. Este recurso puede proceder del Alto Comisario, del gobierno de Nueva Caledonia, del presidente del congreso, del presidente de una junta provincial o de 18 miembros del congreso.

b) Un contencioso electoral y en materia de referéndum. En este supuesto el Consejo constitucional resuelve sobre la regularidad de la elección del Presidente de la República y de las operaciones de referéndum de las cuales proclama los resultados. Es también juez de la regularidad de la elección, de los regímenes de elegibilidad y de las incompatibilidades de los parlamentarios.

Tratándose de la Elección Presidencial, el Consejo Constitucional:

- Vigila todas las operaciones relativas a la organización
- Establece la lista de candidatos
- En caso de fallecimiento de alguno de los candidatos, decide aplazar la elección
- Juzga las reclamaciones o irregularidades que observa, ya sea por si mismo, a petición de los electores o a petición del candidato competidor

En materia de Referéndum, el Consejo Constitucional es consultado por el gobierno para :

- Organizar el Referéndum
- Velar por su regularidad
- Proclamar los resultados
- Juzgar las reclamaciones

Respecto de las Elecciones Parlamentarias, el Consejo Constitucional resuelve sobre la regularidad de la elección de diputados y senadores, en caso de impugnación por parte del electorado o del candidato competidor.

Finalmente y por estar ampliamente abierto a los electores, el recurso al Consejo en materia electoral ha aumentado de manera considerable con consecuencia del voto de la legislación que organiza y controla la financiación de los gastos electorales de los cuales el Consejo es juez para los candidatos a las elecciones legislativas y presidenciales. Así, en fecha

del 31 de diciembre de 2000, el Consejo pronunció 2173 decisiones en materia electoral frente a 610 decisiones en materia de contencioso de las normas.

2 - Una competencia consultiva.

El Consejo constitucional emite un dictamen cuando es consultado de manera oficial por el Jefe del Estado sobre la aplicación del artículo 16 de la Constitución y ulteriormente sobre las decisiones tomadas en este ámbito. Por otra parte, el gobierno consulta el Consejo sobre los textos relativos a la organización del escrutinio para la elección del Presidente de la República y el referéndum. Finalmente conoce del impedimento definitivo del presidente de la república para ejercer sus funciones en términos del artículo 7 constitucional

4.1.5. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Como ha quedado debidamente establecido en el capítulo que antecede, el control de la constitucionalidad consiste en el examen y/o verificación de los actos u omisiones de los órganos constituidos respecto a la norma constitucional, con la finalidad de garantizar su concordancia con la Constitución por ser la expresión de las decisiones políticas fundamentales de un Estado.

4.1.5.1. OBJETO DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Los actos de los órganos constituidos que se encuentran sujetos a la verificación, vigilancia y comprobación por parte del Consejo

Constitucional, con la finalidad de garantizar su concordancia con la norma constitucional, son los siguientes:

1.-Las Leyes Orgánicas y los Reglamentos de las Asambleas. Respecto de dichas leyes y reglamentos el control de constitucionalidad que realiza el Consejo Constitucional es obligatorio. Tratándose de Leyes Orgánicas el control se realiza antes de su promulgación, por otra parte y tratándose de los Reglamentos de las Asambleas y sus modificaciones, el control se realiza antes de su aplicación. En ambos casos se requiere que el Primer Ministro envíe el proyecto al Consejo Constitucional, siendo obligación del Consejo Constitucional revisar el proyecto y emitir una declaración previa de constitucionalidad, disponiendo de 1 mes o bien 8 días (tratándose de urgencia declarada por el Gobierno) para emitir la declaración, durante este periodo la promulgación de la ley o bien la aplicación del reglamento de la Asamblea queda suspendida. Una vez emitida la declaración de constitucionalidad de la ley o del reglamento de la asamblea se procede a la promulgación o aplicación respectivamente.

2.-Leyes Ordinarias. En este supuesto el control de constitucionalidad que realiza el Consejo Constitucional es facultativo. El período para realizar el control es después del voto y antes de la promulgación. Los sujetos facultados para requerirlo son el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea o un grupo de 60 diputados o 60 senadores. El procedimiento se inicia con una carta destinada al Presidente del Consejo Constitucional, no se requiere que el recurso se encuentre motivado. La ley sometida al control se revisa en su totalidad si así lo considera pertinente el Consejo Constitucional, aún cuando la demanda únicamente señale como inconstitucional solo una parte del articulado. El consejo es libre y puede examinar únicamente las disposiciones impugnadas o plantear de oficio el control de otras disposiciones, el plazo para emitir su decisión es de un mes u ocho días.

3.-Compromisos Internacionales. Hasta 1992 el control de la constitucionalidad de los compromisos internacionales difería del control de las leyes, porque sólo podía ser turnada ante el Consejo una propuesta de compromiso internacional por el presidente de la República, por el primer ministro y por los presidentes de las Asambleas, sin embargo el Consejo Constitucional no descartaba la posibilidad de que un recurso de origen parlamentario fuese admitido para verificar la constitucionalidad de alguna ley orgánica relativa a la aprobación de tratados. Sin embargo a partir de 1992 se modificó el artículo 52 constitucional, por lo que 60 diputados o 60 senadores pueden remitir al Consejo Constitucional acuerdos internacionales para la verificación de su conformidad con la Constitución. Este tipo de control se realiza sobre acuerdos concluidos pero no definitivos, sino sujetos a ratificación, también se somete la ley de ratificación de un tratado. Los sujetos facultados para solicitar la revisión por parte del Consejo Constitucional son : el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea, Presidente del Senado o un grupo de 60 diputados o 60 senadores. Asimismo y de conformidad con el artículo 54 de la Constitución, si un tratado internacional posee una cláusula contraria a la Constitución, la ratificación o aprobación sólo puede realizarse después de la Revisión Constitucional. El plazo para emitir la decisión es de un mes u ocho días. Por último debe hacerse notar que la declaración de no conformidad con la Constitución, no conduce a la invalidez del acuerdo o a su modificación, sino a una reforma constitucional, para hacer compatible la Constitución con el tratado internacional, ello tomando en consideración que el artículo 55 constitucional proclama la superioridad de los compromisos internacionales frente a las leyes.

4.-La distribución de competencia legislativa y reglamentaria. Esta es la función que caracterizó al Consejo Constitucional en sus inicios, fungir

como arbitro en los conflictos entre el dominio legislativo y reglamentario y tiene por objeto:

a).-Resolver Diferencias entre el Gobierno y la Asamblea. De acuerdo con el artículo 41 constitucional, si en el transcurso del procedimiento legislativo se advierte que una propuesta o enmienda no es del dominio de una ley o es contraria a la delegación de autoridad, el Gobierno podrá oponerse a su admisión y entrar en conflicto con el Presidente de la Asamblea interesada. El Consejo Constitucional resuelve en ocho días a petición de parte interesada.

b).-Autorizar al Gobierno a modificar por decreto un texto de forma legislativa. En este supuesto nos encontramos ante leyes que ha expedido el parlamento sobre materias que son de dominio reglamentario. Los reglamentos pueden ser modificados por el Gobierno por medio de decretos en virtud de que formalmente se trata de leyes. Se requiere una declaración previa del Consejo Constitucional en la que se establezca que la ley que será modificada en cuanto al fondo, tiene el carácter de reglamentaria. El Primer Ministro recurre al Consejo y la intervención del Consejo Constitucional es obligatoria.⁴

Finalmente, se señala que el objetivo del control de la constitucionalidad es verificar, comprobar, inspeccionar y/o vigilar la conformidad de los actos u omisiones de los órganos constituidos con la norma constitucional de un Estado.

4.1.5.2.SUJETOS FACULTADOS PARA ACUDIR AL CONSEJO CONSTITUCIONAL

⁴ Ibidem, Págs. 161 a 167.

En términos del artículo 61 de la Constitución de Francia, los sujetos facultados para acudir ante el Consejo Constitucional son:

- 1.-El Presidente de la República
- 2.-El Primer Ministro
- 3.-El Presidente de la Asamblea Nacional
- 4.-El Presidente del Senado
- 5.-Un grupo de 60 Diputados o 60 Senadores

4.1.5.3.CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ANTE EL CONSEJO CONSTITUCIONAL

Se menciona que no existe texto legal alguno que señale claramente las características en particular del procedimiento que se tramita ante el Consejo Constitucional Francés, además de que la Constitución únicamente se limita a indicar los plazos concedidos a dicho Consejo para pronunciar la decisión. Del estudio integral del texto constitucional de Francia, en el presente trabajo se establece que el procedimiento se caracteriza por ser:

- 1.-Escrito
- 2.- Secreto, en cuanto a su deliberación
- 3.- Inquisitorio
- 4.-Contradictorio
- 5.-Carecer de formalismo. En materia de control de constitucionalidad, la demanda puede no incluir ningún argumento, y limitarse a solicitar, mediante carta al Presidente del Consejo, que sea verificada la conformidad de la ley a la Constitución.
- 6.-Sumario

4.1.5.4. FASES DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento comprende las siguientes fases:

1.-Se inicia con la presentación del recurso, en materia de control de constitucionalidad, la demanda puede no incluir ningún argumento, y limitarse a solicitar, mediante carta al Presidente del Consejo, que sea verificada la conformidad de la ley a la Constitución.

2.-Posteriormente el presidente del Consejo Constitucional nombra de entre los miembros a un ponente relator.

3.-El ponente con ayuda del Secretario General realiza las investigaciones jurídicas necesarias a efecto de realizar la instrucción del sumario.

4.-El Secretario General presenta por escrito al relator las observaciones pertinentes y de igual forma se transmiten a los autores del recurso a efecto de que remitan el informe respectivo.

5.-El Presidente convoca a los miembros del Consejo Constitucional para realizar una deliberación, la cual se celebra a puerta cerrada, para ello se requiere un quórum de 7 consejeros. Las decisiones se toman por mayoría de votos y en caso de empate el Presidente tiene voto de calidad.

6.-Finalmente se emite una decisión en la que se puede declarar la conformidad de la ley con la Constitución o bien la censura parcial o total de las disposiciones que integran la ley.⁵

4.1.5.5.DECISIONES DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL

⁵ Consejo Constitucional en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

Las decisiones del Consejo Constitucional se toman en sesiones plenarios, en donde se requiere la presencia de un mínimo de 7 de sus miembros. Se toman por mayoría simple de votos, en caso de empate, el Presidente tiene voto de calidad.

Existen diferentes tipos de decisiones que se identifican por letras situadas después del número de registro del recurso. Se distingue :

a).-Las decisiones relativas al control de constitucionalidad de las normas que se clasifican DC (control de conformidad) o LP para las leyes del país de Nueva Caledonia;

b).-Las decisiones relativas al reparto de las competencias entre los poderes legislativos y reglamentarios a las cuales se asocia las letras L (cambio de categoría legislativa) o FNR (inadmisibilidad, es decir examen durante la elaboración de la ley) ;

c).-Las decisiones relativas al contencioso electoral de las elecciones parlamentarias en las cuales se mencionan las iniciales de las cámaras AN (Congreso de diputados francés) o S (Senado) y las referencias de la circunscripción o del departamento ;

d).-Las decisiones relativas al régimen de las incompatibilidades de los miembros del Parlamento (señaladas con I) y a la caducidad de su mandato (señaladas con D)

Respecto de las decisiones del Consejo Constitucional en materia de control de la constitucionalidad, se señala que las mismas pueden tener alguno de los siguientes sentidos:

1.-Pueden declarar la conformidad de la ley con la norma constitucional

2.-Pueden declarar que una disposición que en principio es contraria a la Constitución, puede adquirir la conformidad con la norma constitucional con la condición de que no sea interpretada de una determinada manera, porque en ese caso sí sería inconstitucional.

3.-Pueden declarar la inconstitucionalidad de la ley, en este caso se debe proceder a la revisión constitucional.

Finalmente cabe señalar que tienen la naturaleza de cosa juzgada, no admiten recurso alguno en su contra y son obligatorias para los poderes públicos así como para las Autoridades Administrativas y Judiciales.

4.1.5.5.1. CONTENIDO DE LAS DECISIONES

Las decisiones contienen:

- a).-Los refrendos de los textos aplicables y los elementos del procedimiento
- b).- Los motivos y considerandos
- c).-La parte dispositiva final dividida en artículos que enuncian la solución del problema.

4.1.5.5.2. EFECTOS DE LAS DECISIONES DEL CONSEJO

Las decisiones del Consejo Constitucional Francés tienen los siguientes efectos:

- 1.-Obligatorias frente a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales

2.-Inapelables, por no admitir recurso alguno, lo anterior en términos de lo dispuesto por el artículo 62 constitucional. Sin embargo, en materia electoral, el Consejo constitucional admite el recurso de rectificación por error material.

3.-Tratándose del control de constitucionalidad de leyes y reglamentos de la Asamblea tienen efectos *erga omnes*

4.-Si el Consejo declara que la ley contiene una disposición inconstitucional e inseparable del conjunto de la propia ley, ésta no puede ser promulgada. En términos de lo dispuesto por el artículo 22 de la Ordenanza Orgánica.

5.-Si en cambio, la disposición inconstitucional sí es separable de la ley, el Presidente de la República puede promulgarla, con exclusión de aquélla, o pedir una nueva revisión a las cámaras. En términos de lo dispuesto por el artículo 23 de la Ordenanza Orgánica.

6.-Si un reglamento parlamentario contiene alguna disposición inconstitucional, ésta no puede ser aplicada por la asamblea que la aprobó. En términos de lo dispuesto por el artículo 23 de la Ordenanza Orgánica.

7.-Si un tratado internacional es considerado inconstitucional por el Consejo, no podrá aprobarse, ni ratificarse, sin una reforma constitucional previa. Lo anterior en términos del artículo 55 constitucional.⁶

8.-En materia electoral, los efectos son generales cuando se decide la anulación de la elección o bien particulares como se resuelve la anulación del voto, la inaptitud del candidato o la inhabilitación de oficio.

⁶ Ibidem, Pág. 168.

Finalmente se señala que los efectos de las decisiones son oponibles a todos, ya que no existe apelación alguna en contra de ellas, ni autocuestión por parte del propio Consejo Constitucional.

4.1.5.5.3.PUBLICACIÓN DE LAS DECISIONES

La decisión que emite el Consejo Constitucional Francés se publica en el Diario Oficial de la República Francesa.

4.1.5.6. LÍMITES DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL

Únicamente son tres los actos que escapan al control de la constitucionalidad del Consejo:

1.-Los actos del ejecutivo que dependen normalmente del control de las jurisdicciones administrativas, siempre que no constituyan actos de gobierno. Como en general se trata de decisiones del Presidente de la República, o del gobierno con relación al Parlamento o al electorado, existe toda una categoría de decisiones que emanan de las autoridades ejecutivas que quedan fuera de todo control de constitucionalidad. Tal es el caso de las disoluciones del Parlamento, del procedimiento de revisión constitucional o del recurso al referéndum.

2.-Leyes emanadas de un referéndum. El Consejo se ha declarado incompetente para revisar su constitucionalidad sosteniendo la tesis de que por ser estas leyes expresión directa de la soberanía popular, quedan fuera de todo tipo de control.

3.- Leyes promulgadas. El Consejo no acepta pronunciarse en cuanto a la constitucionalidad de leyes en vigor, ni siquiera indirectamente, en el caso de revisión de otra ley relacionada con la vigente, es decir, el control de constitucionalidad que realiza el Consejo es siempre a *priori* y nunca a *posteriori*.⁷

4.1.6.1.-EL CONTROL PREVIO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

El fundamento jurídico de la competencia del Consejo Constitucional respecto de los tratados internacionales se encuentra en artículo 54 de la Constitución de Francia que establece lo siguiente:

Artículo 54.-“Si el Consejo Constitucional a instancia del Presidente de la República, del Primer Ministro o del presidente de cualquiera de las asambleas o de sesenta diputados o sesenta senadores declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificarlo o aprobarlo no puede darse sino después de la revisión de la Constitución”.

NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO

Se trata de un procedimiento jurisdiccional de control de la constitucionalidad, mediante el cual el Consejo Constitucional realiza una función de verificación y/o examen de la conformidad de un tratado internacional con la Constitución y que culmina con la emisión de una decisión al respecto.

NATURALEZA DEL ÓRGANO COMPETENTE

⁷ Ibidem. Págs 169 a 171.

El órgano competente para conocer del control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales es un órgano político llamado Consejo Constitucional Francés.

TIPO DE CONTROL QUE SE REALIZA

El control que se realiza es un control a priori, es decir, antes de la entrada en vigor del tratado internacional, por virtud del cual el Consejo Constitucional verifica la conformidad del tratado internacional tanto con la Constitución como con las normas de referencia o del bloque de constitucionalidad (que se integra con la Constitución de 1958 y su Preámbulo, el Preámbulo de la Constitución de 1946, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como con los Principios Fundamentales, Políticos, Económicos y Sociales), a cuyo respeto se somete el tratado internacional y que culmina con una declaración del Consejo Constitucional.

EL OBJETO DEL CONTROL

El artículo 54 de la Constitución Francesa establece que tanto el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de cualquiera de las asambleas, sesenta diputados o bien sesenta senadores, pueden solicitar que el Consejo Constitucional conozca de la conformidad de un tratado internacional con la Constitución y emita un pronunciamiento al respecto. En principio el objeto son los tratados internacionales que aún no han sido aprobados ni ratificados, sin embargo, toda vez que el artículo 53 de la Constitución Francesa establece que los tratados de paz, los tratados comerciales, los tratados o acuerdos a la organización internacional, los que comprometen las finanzas del Estado, las que modifican disposiciones de naturaleza legislativa, los que hacen referencia al estado de las personas, los que incluyen cesión, cambio o adhesión de territorio, solo

podrán ser aprobados con arreglo a una ley, también son objeto del control de la constitucionalidad las leyes aprobatorias o ratificadoras de los tratados internacionales.

PLAZO DEL CONTROL PREVIO DE UN TRATADO INTERNACIONAL

El control previo de constitucionalidad de los tratados se ejerce antes de su ratificación o aprobación o bien si se trata de los tratados contemplados en el artículo 53 constitucional antes de que entre en vigor la ley ratificatoria o aprobatorio de los tratados internacionales.

CARÁCTER FACULTATIVO

Este control se caracteriza por ser facultativo.

SUJETOS FACULTADOS

- a).- El Presidente de la República
- b).- El Primer Ministro
- c).-El Presidente de cualquiera de las asambleas
- d).-Sesenta diputados
- e).-Sesenta senadores

TRAMITACIÓN

1.-Respecto de un tratado internacional que aún no ha sido ratificado o aprobado, el Presidente de la República, el Primer Ministro o el Presidente de cualquiera de las asambleas, sesenta diputados o sesenta senadores, puede someterlo al estudio del Consejo Constitucional.

2.-Una vez recibida la demanda correspondiente, el Presidente del Consejo Constitucional nombra de entre los miembros a un ponente relator.

3.-El ponente con ayuda del Secretario General realiza las investigaciones jurídicas necesarias a efecto de realizar la instrucción del sumario.

4.-El Secretario General presenta por escrito al relator las observaciones pertinentes y de igual forma se transmiten a los autores del recurso a efecto de que remitan un informe.

5.-El Presidente convoca a los miembros del Consejo Constitucional para realizar una deliberación, la cual se realiza a puerta cerrada, para ello se requiere un quórum de 7 consejeros. Las decisiones se toman por mayoría de votos y en caso de empate el Presidente tiene voto de calidad.

6.-El procedimiento culmina con la emisión de una decisión en la que se puede declarar la conformidad del tratado internacional con la Constitución o bien la no conformidad en este caso se debe proceder a la revisión constitucional.

DECISIONES DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL

El Consejo Constitucional puede declarar:

a).-La constitucionalidad del tratado internacional, por lo que puede procederse a su aprobación o ratificación.

b).-La inconstitucionalidad del tratado internacional, el cual no podrá aprobarse, ni ratificarse, sin una reforma constitucional previa. Lo anterior en términos del artículo 55 constitucional.

4.2 . ESPAÑA

4.2.1. HISTORIA

El Tribunal Constitucional fue constituido solemnemente el día 12 de julio de 1980, comenzó a actuar el 15 de julio de 1980 y viene ejerciendo desde ese día las competencias que le atribuyen la Constitución y su Ley Orgánica. Su precedente es el Tribunal de Garantías Constitucionales de la IIª. República Española, cabe señalar que sin perjuicio de ese antecedente histórico y de su propia originalidad, el Tribunal Constitucional Español responde en sus líneas generales al modelo de los Tribunales Constitucionales europeos nacidos a la imagen y semejanza del modelo austriaco de jurisdicción constitucional concentrada y especializada.⁸

4.2.2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución. Es un órgano constitucional que actúa con independencia de cualquier otro órgano o poder constituido. No forma parte del Poder Judicial. Se encuentra regulado y sometido únicamente a la Constitución, como a su propia Ley Orgánica.⁹

Su competencia abarca todo el territorio español y es único en su orden, ya que la propia Constitución excluye a cualquier otro órgano estatal de dictar la declaración de constitucionalidad.

⁸ Tribunal Constitucional Español, visible en <http://www.tribunalconstitucional.es/>

⁹ Constitución de España de 1978 y su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, texto consolidado e integrado con las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999 y 1/2000 y con expresión particularizada de las reformas conforme a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

Dicho tribunal forma parte integrante del sistema político español y es el único órgano facultado para ejercer funciones de control de constitucionalidad, en los casos previstos en la propia norma constitucional y cuando dicha actividad sea solicitada por quien se encuentre constitucional y legalmente facultado, sirviéndole la propia Constitución como el parámetro que deberá tomar en cuenta al momento de resolver los juicios que se le plantean.

4.2.3. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para estudiar y determinar la composición del Tribunal Constitucional Español se establece lo relativo a la designación de sus miembros, las condiciones de elegibilidad, la duración en el cargo, la estructura, la incompatibilidad con otros cargos y su Estatuto jurídico.

1.-Designación de sus miembros. El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey, mismos que son propuestos en los siguientes términos:

- a).-Cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros;
- b).-Cuatro a propuesta del Senado, por mayoría de tres quintos de sus miembros;
- c).-Dos a propuesta del Gobierno; y
- d).-Dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial

2.-Condiciones de elegibilidad. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre magistrados y fiscales, profesores de

universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de 15 años de ejercicio profesional.

3.-Nombramiento. Los candidatos propuestos por los órganos correspondientes son nombrados por el rey, en un acto conjunto para todos ellos, refrendado por el presidente del gobierno.

4.-Duración en el cargo. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres años. La forma en que se renuevan los tres bloques es en el siguiente orden: los elegidos por el congreso, los elegidos por el senado y finalmente los designados por el gobierno y el consejo general del poder judicial. Con ello se persigue que las mayorías cualificadas sean más fáciles de alcanzar en las dos cámaras. Se excluye la reelección inmediata, excepto en aquéllos casos en que hayan sido elegidos por un mandato inferior a tres años a fin de cubrir una vacante.

5.- Estructura. El Tribunal Constitucional funciona en pleno y en salas. El Pleno del Tribunal Constitucional está integrado por todos sus Magistrados y decide sobre los asuntos en que es competente el Tribunal, con excepción de los recursos de amparo constitucional que se atribuyen a las Salas aunque puede conocer también por avocación o remisión de las propias Salas. El Pleno conoce de todos los asuntos jurisdiccionales, de las cuestiones relativas al nombramiento, recusación y cese de los Magistrados, de la aprobación de los reglamentos, así como de otros asuntos internos, actuando entonces como Pleno Gubernativo. Existe también una Junta de Gobierno, compuesta por el Presidente, el Vicepresidente, un Magistrado de cada Sala y el Secretario General, con competencias básicamente en materia de personal

El Tribunal se divide en dos Salas. Cada Sala está formada por seis magistrados, son presididas respectivamente por el Presidente y por el Vicepresidente. Son competentes para resolver los recursos de amparo constitucional.

Cada una de las Salas se divide en dos Secciones, de lo que se concluye que existen cuatro Secciones. Cada una de éstas se forma tres Magistrados. Son competentes para conocer respecto de la admisión a trámite de los asuntos y para decidir sobre la admisibilidad de los recursos.

La estructura orgánica del Tribunal Constitucional es la siguiente:

a).-Un Presidente, que será nombrado entre sus miembros por el Rey, a propuesta del mismo Tribunal en Pleno y por un periodo de tres años, en el cual ejerce funciones administrativas internas y ostenta la representación jurídica de este órgano. El Presidente cumple las funciones de coordinación y dirección del Pleno y de la Sala Primera, y la representación externa del Tribunal.

b).-Un vicepresidente, elegido por el mismo procedimiento, puede sustituir al presidente en los supuestos así previstos. El Vicepresidente, además de presidir la Sala Segunda, sustituye al Presidente

c).-Los Órganos auxiliares:

a)bis).-Secretaría General, que se encuentra encabezada por un Secretario General nombrado por el Pleno, y por un Visecretario General. Sus funciones son las relativas a la organización interna, así como las relacionadas con la jefatura funcionarial, incluidos los letrados. De ella dependen los servicios y unidades, especialmente, Gerencia, Estudios,

Biblioteca, Documentación y Tratamiento de la doctrina constitucional, e Informática.

b)bis.-Letrados, son los funcionarios que asisten a los Magistrados en el desarrollo de sus funciones, cada Magistrado tiene un Letrado personal adscrito. Pueden ser de carrera o por adscripción. Los primeros obtienen el puesto a través de un concurso de oposición y los segundos son designados por el Pleno

c)bis.-Tres Secretarías de Justicia (para Pleno y cada una de las Salas), que se encargan de la tramitación de los asuntos. Están encabezadas por tres Secretarios de Justicia.

d)bis.- Registro, que recibe y distribuye los escritos dirigidos al Tribunal

e)bis.- Gabinete del Presidente: asiste al Presidente en sus funciones, sobre todo, externas

6.-Estatuto Jurídico. Los Magistrados son independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato, en consecuencia no pueden ser destituidos, ni suspendidos, ni separados de sus cargos hasta el final del mismo, excepto por causas tasadas: incapacidad, responsabilidad penal o civil, incompatibilidad, fallecimiento o voluntad propia.

7.-Incompatibilidad. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos: con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las sendas carrera judicial y fiscal; o bien con cualquier otra actividad profesional o mercantil.

4.2.4. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La competencia del Tribunal se encuentra establecida en el artículo 161 de la Constitución de España, desarrollada en los artículos 2.1 y 10 de su Ley Orgánica. Se trata de una enumeración abierta, con expresa previsión de que el Tribunal conocerá de las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

El Artículo 161.1. de la Constitución de España establece:

El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

- a).-Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.
- b).-Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.
- c).-De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.
- d).-De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

Por su parte, el punto 1 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Tribunal, pormenoriza la competencia de este órgano en los siguientes términos:

1. El Tribunal Constitucional conocerá en los casos y en la forma que esta Ley determina:

- a) Del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley.
- b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades públicos relacionados en el artículo 53.2 de la Constitución.
- c) De los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.
- d) De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado.
- d) bis. De los conflictos en defensa de la autonomía local.
- e) De la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales.
- f) De las impugnaciones previstas en el número 2 del artículo 161 de la Constitución.
- g) De la verificación de los nombramientos de los Magistrados del Tribunal Constitucional, para juzgar si los mismos reúnen los requisitos requeridos por la Constitución y la presente Ley.
- h) De las demás materias que le atribuyen la Constitución y las Leyes orgánicas.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal, pormenoriza la competencia de este órgano en los siguientes términos:

1. El Tribunal en Pleno conoce de los siguientes asuntos:

- a) De la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los tratados internacionales.
- b) De los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes y demás disposiciones con valor de ley, excepto los de mera aplicación de doctrina, cuyo conocimiento podrá atribuirse a las Salas en el trámite de admisión.

Al atribuir a la Sala el conocimiento del recurso, el Pleno deberá señalar la doctrina constitucional de aplicación.

c) De las cuestiones de constitucionalidad que reserve para sí; las demás deberán deferirse a las Salas según un turno objetivo.

d) De los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas o de los de estas entre sí.

e) De las impugnaciones previstas en el apartado 2 del artículo 161 de la Constitución.

f) De los conflictos en defensa de la autonomía local.

g) De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado.

h) De las anulaciones en defensa de la jurisdicción del Tribunal previstas en el artículo 4.3.

i) De la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos para el nombramiento de Magistrado del Tribunal Constitucional.

j) Del nombramiento de los Magistrados que han de integrar cada una de las Salas.

k) De la recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional.

l) Del cese de los Magistrados del Tribunal Constitucional en los casos previstos en el artículo 23.

m) De la aprobación y modificación de los reglamentos del Tribunal.

n) De cualquier otro asunto que sea competencia del Tribunal pero recabe para sí el Pleno, a propuesta del Presidente o de tres Magistrados, así como de los demás asuntos que le puedan ser atribuidos expresamente por una ley orgánica.

2. En los casos previstos en los párrafos d), e) y f) del apartado anterior, en el trámite de admisión la decisión de fondo podrá atribuirse a la Sala que corresponda según un turno objetivo, lo que se comunicará a las partes.

3. El Tribunal en Pleno, en ejercicio de su autonomía como órgano constitucional, elabora su presupuesto, que se integra como una sección independiente dentro de los Presupuestos Generales del Estado.

4.2.5. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El ejercicio del control de la constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional se encuentra establecido en el artículo 161.1 y 95.2 de la Constitución, así tenemos que dicho control se ejerce a través de:

1.-Recurso de inconstitucionalidad: control directo y abstracto de constitucionalidad de normas con fuerza de ley.

2.-Cuestión de inconstitucionalidad: control concreto de constitucionalidad de normas con fuerza de ley a instancias de cualquier órgano judicial que dude de la constitucionalidad de una norma con fuerza de ley que deba aplicar a un asunto concreto.

3.-Control previo de tratados internacionales: control directo y abstracto de constitucionalidad de los tratados internacionales antes de que el Estado preste su consentimiento.

4.2.5.1. OBJETO DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.

El objeto del control de la constitucionalidad son los actos u omisiones de los órganos constituidos en el ejercicio de poder político. Para determinar que instrumento de control se va a utilizar para verificar la conformidad de los actos u omisiones de órganos constituidos se debe atender tanto al procedimiento como al momento en que se ejerce el medio de control.

Así tenemos al recurso de inconstitucionalidad que se ejercita en vía de acción, antes de la entrada en vigor de una norma general cuya constitucionalidad esta en duda. Por otro lado tenemos la cuestión de constitucionalidad que se ejercita en vía de excepción o incidental en ocasión de un proceso judicial o un procedimiento administrativo, en el cual surge un planteamiento sobre la posible inconstitucionalidad de la ley que habrá de aplicarse al caso concreto, se está ante la llamada la cuestión de inconstitucionalidad, misma que se presenta como un incidente dentro del mismo proceso judicial o procedimiento administrativo.

Finalmente, se reitera que el objetivo del control de la constitucionalidad es verificar, comprobar, inspeccionar y/o vigilar la conformidad de los actos u omisiones de los órganos constituidos con la norma constitucional de un Estado.

4.2.5.1.1.EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

El recurso de inconstitucionalidad es un recurso directo que se plantea ante el Tribunal Constitucional, en contra de normas generales, como leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley.

Su fundamento se encuentra establecido en el artículo 161.1 de la Constitución, asimismo en el artículo 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal, disposición legal que desarrolla lo preceptuado por la Constitución.

4.2.5.1.1.2. OBJETO DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El objeto del recurso de inconstitucionalidad se encuentra previsto en el artículo 161.1 de la Constitución, objeto que se desarrolla en el artículo 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal, disposición legal que a la letra dice:

Artículo 27. Dos: Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad:

- a) Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas.
- b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley. En el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número 6 del artículo 82 de la Constitución.
- 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, con la misma salvedad formulada en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa.
- f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

De lo que se concluye que puede ser objeto del recurso de inconstitucionalidad toda ley o norma con fuerza o valor de la ley del Ordenamiento jurídico. El recurso puede basarse tanto en la inconstitucionalidad material como en la formal.

Mediante dicho recurso se insta al Tribunal Constitucional Español a realizar la verificación, adecuación o conformidad de una norma legal con la Constitución, con la finalidad de que en caso de disconformidad con la Constitución, dicho órgano declare la invalidez y anulabilidad de la norma, la inaplicabilidad de la misma y la cesación de sus efectos. Se trata de un juicio abstracto entre normas, un juicio de adecuación de la norma legal con la norma constitucional, con independencia de su aplicación a un caso concreto.

4.2.5.1.1.3. CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

1.- Es un mecanismo o instrumento de control de la constitucionalidad que tiene como objetivo prístino la defensa de la Constitución, por la expresión de las decisiones políticas fundamentales del Estado.

2.-. Es un recurso que se emplea para impugnar la inconstitucionalidad de leyes y actos con fuerza de ley.

3.-Se trata de un instrumento de control de la constitucionalidad de tipo general y abstracto.

4.- Es un control que se realiza en forma directa o en “vía de acción”.

4.2.5.1.1.4. SUJETOS FACULTADOS PARA INTERPONER EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

De conformidad con el artículo 162.1 inciso a) de la Constitución y el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal, se encuentran facultados para interponer recursos de inconstitucionalidad, cuando se trate de Estatutos de Autonomía y demás Leyes del Estado, orgánicas o en cualesquiera de sus formas, de disposiciones normativas, de actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de Ley, Tratados internacionales, Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales:

- a).-El Presidente del Gobierno,
- b).-El Defensor del Pueblo,
- c).- 50 Diputados,
- d).- 50 Senadores

Para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, se encuentran facultados:

- e).- Los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas.
- f).- Las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

4.2.5.1.1.5. PLAZO PARA INTERPONER EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El plazo para interponer el recurso es de tres meses a partir de la publicación oficial de la ley o norma con fuerza de ley. Una vez transcurrido dicho plazo, la norma ya no puede ser objeto de recurso y sólo puede ser enjuiciada, en su caso, por vía incidental, a través de la cuestión de inconstitucionalidad.

4.2.5.1.1.6. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El recurso debe formularse por escrito, mediante una demanda presentada ante el Tribunal Constitucional Español que deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- a).- Deberá acreditarse la personalidad del recurrente, mediante la exposición de las circunstancias de identidad de las personas u órganos que ejercitan la acción y, en su caso, de sus comisionados.
- b).- Señalar de manera concreta la Ley, disposición o acto impugnado, indicando si la impugnación comprende el todo o bien solo alguna de sus partes.

c).- Precisar el precepto constitucional que se entiende infringido.

4.2.5.1.1.7. EFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

La interposición del recurso no produce la suspensión de la vigencia, ni de la aplicación de la norma impugnada. Sin embargo la única excepción a este principio se deriva de la concesión de un especial poder de control preventivo que tiene el Presidente del Gobierno sobre las leyes de las Comunidades Autónomas, en donde el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, en este supuesto la impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

4.2.5.1.1.8.SUBSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

1.-Se inicia con la presentación del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

2.- El primer acto del Tribunal Constitucional es emitir una decisión sobre la admisibilidad a trámite de la demanda.

3.-Admitida a trámite la demanda, el Tribunal Constitucional dará traslado de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia y, en caso de que el objeto del recurso fuera una Ley o disposición con fuerza de Ley dictada por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y

ejecutivo de la misma a fin de que puedan apersonarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaren oportunas.

4.-El acreditamiento de la personalidad y la formulación de alegaciones deberán hacerse en el plazo de quince días.

5.-Posteriormente el Tribunal en un plazo de diez días dictará sentencia, salvo que, mediante resolución motivada, el propio Tribunal estime necesario un plazo más amplio que, en ningún caso, podrá exceder de treinta días.

4.2.5.1.2.1. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La cuestión de inconstitucionalidad es un medio de control de la constitucionalidad de la ley o de la norma con fuerza de ley, que se tramita por la vía incidental, que es promovido por un órgano judicial (un juez o tribunal) en el curso de un proceso judicial o procedimiento administrativo del que conoce dicho órgano, con la finalidad de obtener una decisión por parte del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de la norma que habrá de aplicarse en el caso concreto.

Dicho control presupone que un órgano judicial que conoce de un caso concreto, considera que la norma con rango de ley que habrá de aplicarse al caso y de cuya validez dependa el fallo, que es contraria a la Constitución, por lo que plantea la duda sobre la constitucionalidad de dicha ley ante el Tribunal Constitucional a fin de que éste órgano de control emita una resolución al respecto.

Para que proceda esta vía de control, se requiere la existencia de un proceso en ocasión del cual, emerge la duda sobre la constitucionalidad de

una ley que ha de aplicarse a dicho caso concreto. En ese tenor se señala que el juez que conoce de la causa se halla ante un imperativo constitucional de consultar al órgano de control en torno a la conformidad de la ley que servirá de fundamento para dictar sentencia, con la Constitución.

El artículo 163 de la Constitución regula la vía incidental de la siguiente manera:

“Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.”

La cuestión de constitucionalidad puede plantearse ya sea a instancia de parte o bien de oficio por el juez a quo.

4.2.5.1.2.2. OBJETO DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD

La cuestión de inconstitucionalidad puede ser interpuesta frente a:

- a).- Una ley o una norma con rango de ley.
- b).- Que dicha ley o norma con rango de ley, sea aplicable en el curso de un proceso.
- c).- De la validez de dicha ley o norma con rango de ley, dependa el fallo que se ha de adoptar.

Es aplicable el artículo 161.1 de la Constitución, así como la Ley Orgánica del Tribunal en su artículo 27.2 a efecto de determinar el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad en los siguientes términos:

Artículo 27. Dos: Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad:

- a) Los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas.
- b) Las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley. En el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número 6 del artículo 82 de la Constitución.
- 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, con la misma salvedad formulada en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa.
- f) Los Reglamentos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Finalmente, se reitera que el objetivo del control de la constitucionalidad es verificar, comprobar, inspeccionar y/o vigilar la conformidad de los actos u omisiones de los órganos constituidos con la norma constitucional de un Estado.

4.2.5.1.2.3. CARACTERÍSTICAS DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1.- Es un medio de control de la constitucionalidad que se emplea para impugnar la inconstitucionalidad de ley que se aplicará a un caso concreto.

2.- Es un control que se realiza en forma indirecta, es decir, que se tramita por la vía de excepción o incidental, una vez que la norma se encuentra en vigor y se aplica a un caso concreto.

3.-Configura un control concreto de garantías.

4.-Constituye un mecanismo correctivo.

5.-Para que el Tribunal Constitucional actúe se requiere la existencia de un proceso judicial o procedimiento administrativo en ocasión del cual, emerge la duda sobre la constitucionalidad de una ley que ha de aplicarse a dicho caso concreto, así tenemos que conoce de la causa tiene el imperativo constitucional de consultar al órgano de control a fin de que éste verifique la conformidad de la ley que servirá de fundamento para dictar sentencia con la Constitución.

6.-Tiene un doble objetivo, en primer término el respeto a la Constitución y en segundo término la preservación de los intereses particulares de las partes en un juicio, así como el derecho a que las leyes aplicables a un caso concreto sean constitucionales.

7.-La cuestión de constitucionalidad es planteada ante el Tribunal Constitucional, a través de un juez, quien puede hacerlo de oficio o bien a instancia de parte.

8.-Su finalidad es la defensa de la Constitución, por ser la expresión de las decisiones políticas fundamentales del Estado.

4.2.5.1.2.4. SUJETOS AUTORIZADOS PARA INTERPONER LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El sujeto autorizado para promover la cuestión de inconstitucionalidad es un órgano judicial, ya sea un juez o un tribunal, puede hacerlo de oficio o a instancia de parte.

Se señala que ni las partes del proceso, ni ningún otro órgano diferente al judicial puede presentar directamente la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

4.2.5.1.2.5. PLAZO PARA INTERPONER LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una cerrada la instrucción y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese.

4.2.5.1.2.6. INTERPOSICIÓN DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1.- Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, cuestión que se plantea mediante una resolución debidamente fundada y motivada, en la que dicho juez o tribunal señalen de manera concreta la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y se especifique o justifique en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión.

2.- Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e

improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de esta.

3.-Seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días.

4.-El auto antes referido, no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme.

5.-Una vez que el Juez o Tribunal ha emitido su decisión definitiva de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, el órgano judicial elevará la cuestión de inconstitucionalidad junto con el testimonio de los autos principales y de las alegaciones de las partes en el proceso y del Ministerio Fiscal presentadas durante el trámite de la audiencia previa, si las hubiera.

4.2.5.1.2.7. EFECTOS DE LA INTERPOSICION DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad dentro de un proceso judicial o procedimiento administrativo tendrá efectos suspensivos en las actuaciones de los mismos, ya que si el Tribunal Constitucional la admite, el proceso judicial o procedimiento administrativo permanecerán suspendidos hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión de inconstitucionalidad. Lo anterior en términos de los puntos 2 y 3 del artículo 35 la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. De igual forma se suspende la aplicación de la ley cuya constitucionalidad se cuestiona, pero únicamente en el caso concreto de que se trata.

Sin embargo y respecto de la vigencia de la ley cuya constitucionalidad se cuestiona, los efectos de la interposición de la cuestión de inconstitucionalidad en particular, en ningún caso serán suspensivos, es decir, la norma cuestionada sigue siendo aplicable en cualquier otro proceso en que el órgano judicial deba aplicarla y que no tenga duda respecto de su constitucionalidad, en virtud de que la norma es válida y se encuentra vigente hasta en tanto no exista una sentencia emitida por el Tribunal en la que se declare su inconstitucionalidad, lo anterior en términos del último inciso del artículo 163 de la Constitución Española.

4.2.5.1.2.8. SUBSTANCIACIÓN DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1.-El Tribunal Constitucional recibirá las actuaciones del juicio en que se actúa y en donde existe la duda de constitucionalidad de una ley que ha de aplicarse, así como las alegaciones presentadas en su caso.

2.- El Tribunal Constitucional emitirá una decisión sobre la admisibilidad de la cuestión de constitucionalidad, ya sea dándole trámite o bien rechazándola. El Tribunal puede rechazar el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado. Este auto o decisión deberá estar motivada y deberá sustentar el motivo del rechazo.

3.- Publicada en el Boletín Oficial del Estado, la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán apersonarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días.

4.-El Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y, en caso de afectar a una ley o a otra disposición normativa con fuerza de ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma.

5.-El acreditamiento de la personalidad y la formulación de alegaciones deberán hacerse en un plazo común improrrogable de quince días.

6.-Concluido éste plazo, el Tribunal en un plazo de quince días dictará sentencia, salvo que estime necesario, mediante una resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder de treinta días.

4.2.5.3. LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El artículo 86. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que la decisión del proceso constitucional se producirá en forma de sentencia, dichas decisiones se adoptarán por la mayoría de los miembros del Pleno, que participen en la deliberación. En caso de empate, decidirá el voto del Presidente, salvo en los casos para los que esta Ley establece otros requisitos.

Las sentencias que emite el Tribunal Constitucional, ya sea en un recurso de inconstitucionalidad o bien en una cuestión de inconstitucionalidad podrán ser:

A).-Estimatorias. Mediante ellas se declara la inconstitucionalidad de la norma sujeta a control de la constitucionalidad. El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso. Mediante la sentencia se declara la inconstitucionalidad de la norma sujeta al control, así como la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquéllos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.

Se reitera que el objetivo del control de la constitucionalidad es verificar, comprobar, inspeccionar y/o vigilar la conformidad de una norma general con la Constitución de un Estado, por lo tanto si se resuelve la inconstitucionalidad de la misma, ésta ser expulsada del orden jurídico.

Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

B.-Desestimatorias. Mediante ellas se rechaza la inconstitucionalidad de la norma sujeta al control, que le fue planteada al tribunal y en consecuencia no se produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico. De igual forma se destaca que esta decisión que emite el Tribunal no comporta una declaración de constitucionalidad que le dé una presunción de

constitucionalidad a la norma sometida al control y que impida una revisión posterior.

La sentencia desestimatoria implica que la norma cuestionada no es contraria a la Constitución en los términos en que fue planteada, lo que no impide, que pueda volver a ser controlada por una vulneración diversa.

Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional.

4.2.5.3.1. CONTENIDO DE LAS RESOLUCIONES

Las decisiones contienen:

- a).-Las pretensiones planteadas y el estudio realizado.
- b).-La motivación jurídica.
- c).-Los votos particulares y votos concurrentes, si los hubiera.
- d).-Los puntos resolutivos

4.2.5.3.2. EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES

De conformidad con el artículo 164 de la Constitución Española y conforme a lo dispuesto por el artículo 40 punto 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional y recaídas ya en un recurso de inconstitucionalidad o bien en una cuestión de inconstitucionalidad, se caracterizan por:

- 1.-Tener el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado" y no caber recurso alguno contra ellas. Lo anterior tiene su fundamento en el principio de seguridad

jurídica, por virtud del cual se garantiza a los gobernados que las cuestiones que ya han sido estudiadas en el fondo y resueltas por el Tribunal Constitucional no pueden ser objeto de un nuevo pronunciamiento.

2.-Por vincular a todos los poderes públicos, esta vinculación de los poderes públicos a las sentencias del Tribunal Constitucional, tiene su fundamento en el artículo primero de la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establece que éste es el interprete supremo de la Constitución.

3.-Por tener efectos generales desde la fecha de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado". Se destaca que el artículo 164. 1 de la Constitución Española dispone que las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen efectos plenos frente a todos.

4.2.5.3.3. NOTIFICACION Y PUBLICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

Las sentencias se publicarán en el "Boletín Oficial del Estado" dentro de los treinta días siguientes a la fecha del fallo. Sin perjuicio de lo antes señalado, el Tribunal podrá disponer que las sentencias y demás resoluciones dictadas sean objeto de publicación a través de otros medios y adoptará, en su caso, las medidas que estime pertinentes para la protección de los derechos reconocidos en el artículo 18.4 de la Constitución.

Si se tratare de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso. Dicho órgano notificará la

sentencia constitucional a las partes. El Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas.

4.2.6.EL CONTROL PREVIO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En el caso español, el control de la constitucionalidad de los tratados internacionales puede realizarse a través de tres mecanismos:

1.-El control previo de los tratados internacionales previsto el artículo 95 de la Constitución Española de 1978 y desarrollado por el artículo 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

2.-El recurso de inconstitucionalidad.

3.-La cuestión de inconstitucionalidad.

4.2.6.1.EL CONTROL PREVIO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Recogiendo la influencia del artículo 54 de la Constitución Francesa, la Constitución Española de 1978 prevé en su artículo 95, la posibilidad de un control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, que ha sido desarrollado por el artículo 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dicho medio de control permite al Tribunal Constitucional declarar si en un tratado internacional cuyo texto ya se ha fijado pero al que no se hubiere presentado aún el consentimiento del Estado, existen estipulaciones contrarias a la Constitución

NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO

Se trata de un procedimiento jurisdiccional de control de la constitucionalidad, mediante el cual el Tribunal realiza una función de control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, que se caracteriza por ser una actividad con naturaleza jurisdiccional, consistente en el examen de dos normas, la Constitución y el texto del tratado internacional, para detectar posibles contradicciones entre ambas y que culmina con la emisión de una declaración o decisión vinculante.

NATURALEZA DEL ÓRGANO COMPETENTE

El órgano competente para conocer del control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, es Tribunal Constitucional Español, es decir, el control se ejerce por un órgano constitucional que actúa con independencia de cualquier otro órgano o poder constituido y que no forma parte del Poder Judicial.

TIPO DE CONTROL QUE SE REALIZA

El control que se realiza es un control “*a priori*” o preventivo y, como tal, necesariamente abstracto, lo cual está contemplado en el artículo 95 de la Constitución y confirmado por el 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al disponer en su número 1 que los requerimientos de los órganos facultados para ello se referirán a tratados “cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado”.

EL OBJETO DE CONTROL

Se encuentra establecido en el artículo 95 de la Constitución Española así como en el artículo 78.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Dichos ordenamientos señalan que el objeto de éste medio de control son los tratados internacionales cuyo texto está definitivamente fijado, pero aún no se ha prestado aún el consentimiento del Estado, y éste texto contiene estipulaciones contrarias a la Constitución. La Declaración del 1 de julio de 1992 emitida por el Tribunal Constitucional, especifica que las disposiciones del tratado internacional deberán de contrastarse con toda la Constitución.

Cabe aclarar que sólo estarán sometidos al control previo, los tratados internacionales, ya sean tratados, convenios, acuerdos o protocolos, siempre que sean posteriores a la fecha en que el Tribunal Constitucional comenzó a ejercer sus competencias.

Respecto de los tratados Internacionales que obligan al Estado con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución y de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y que contienen cláusulas contrarias a la Constitución y por tanto son inconstitucionales, en primer término se debe señalar que no les es aplicable el punto tercero de las disposiciones derogatorias de la Constitución de 1978, por tanto no quedan derogados automáticamente por la Constitución, ya que la propia Ley Fundamental en su artículo 96.1 establece que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno y que sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional; en segundo término se establece que éstos pueden ser controlados en la vía incidental a través del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad y que la respectiva declaración de inconstitucionalidad tendría como consecuencia inmediata la inaplicabilidad del tratado internacional en el ordenamiento jurídico español y como consecuencia mediata poner en marcha los mecanismos de derogación, modificación,

suspensión, o denuncia previstos en el propio tratado internacional que ha sido declarado inconstitucional.

PLAZO DEL CONTROL PREVIO DE UN TRATADO INTERNACIONAL

Este control debe ejercitarse respecto de un tratado internacional cuyo texto ya esté definitivamente fijado, siempre y cuando el Estado aún no haya presentado su consentimiento, es decir, debe articularse antes de que el Estado haya comprometido su voluntad o haya perfeccionado su consentimiento en el plano internacional, ya que de no ser así existiría conflicto entre el derecho interno y el internacional.

CARÁCTER FACULTATIVO

Este control se caracteriza por ser facultativo.

SUJETOS FACULTADOS

El numeral 2 del artículo 95 de la Constitución Española establece los sujetos facultados para ejercer el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales:

- a).-El Gobierno
- b).-Cualquiera de las Cámaras.

TRAMITACIÓN

1.- Si durante la celebración de un tratado o convenio cuyo texto está definitivamente fijado, pero aún no se ha prestado el consentimiento del Estado, se suscitaren dudas sobre la constitucionalidad de todas o algunas de sus estipulaciones, el Pleno del Congreso, a propuesta de su Presidente y tres Grupos Parlamentarios o una quinta parte de los

Diputados, podrá dirigir al Tribunal Constitucional el requerimiento previsto en el punto 2 del artículo 95 de la Constitución.

2.-El requerimiento tiene un efecto suspensivo que sólo afecta a la manifestación del consentimiento, que es la última etapa de celebración de un tratado internacional. La celebración del convenio se interrumpirá, reanudándose sólo en el caso de que el criterio de aquél sea favorable a la constitucionalidad de las estipulaciones convencionales.

3.-El Tribunal Constitucional emplaza y recaba la opinión de los órganos facultados que no hubiesen instado su dictamen.

4.-El Tribunal Constitucional emite su decisión.

LA DECISIÓN EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El artículo 78.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que la decisión del proceso constitucional se producirá en forma de declaración, se adoptará por el Pleno, con la mayoría de los miembros que participen en la deliberación. En caso de empate, el Presidente tendrá voto de calidad.

CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN

La declaración contendrá:

- a).-Apartado de antecedentes.
- b).-Fundamentos jurídicos
- c).-La motivación jurídica.
- d).-Los puntos decisivos

TIPOS DE DECLARACIÓN

La declaración puede:

- a).-Afirmar la no contrariedad del tratado con la Constitución, lo que presupone que la tramitación del tratado podrá seguir adelante.

b).-Afirmar la contrariedad del tratado con la Constitución, en este supuesto, el Estado puede:

- 1.-Negociar las cláusulas convencionales incompatibles con los preceptos constitucionales, si ello es posible;
- 2.-Revisar la Constitución antes de consentir el tratado; o, por último,
- 3.-Formular las reservas correspondientes.

EFFECTOS DE LA DECISION

La decisión jurisdiccional que emite el Tribunal Constitucional tiene los siguientes efectos:

- 1.-Declarativos
- 2.-Vinculantes
- 3.-Cosa juzgada
- 4.-Erga Omnes

FINALIDAD

El Tribunal Constitucional ha señalado que la propia norma fundamental mediante lo dispuesto por el artículo 95.2, le atribuye la doble tarea de preservar la Constitución y garantizar al tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional. La Constitución ve garantizada, a través del procedimiento de control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, su primacía, adquiriendo de igual forma éstos, una estabilidad jurídica plena, derivada del carácter vinculante de la declaración del Tribunal Constitucional.

4.2.6.2. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

En el caso español, los tratados internacionales también pueden controlarse mediante el recurso de inconstitucionalidad que se caracteriza por:

- a).-Estar previsto en los artículos 29-1-a, así como en los artículos 31 al 34 de la Constitución Española
- b).-Ser de naturaleza abstracta
- c).-Los sujetos facultados para ejercitarlo son el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados o cincuenta Senadores, así como, en la medida en que el tratado afecte a su propio ámbito de autonomía, las Asambleas y órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas (artículo 32 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).
- d).-Efectos de la admisión de un recurso de inconstitucionalidad “no suspenderá”, por lo demás, la vigencia y aplicación del tratado (artículo 30 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).
- e).-El plazo para promover el recurso de inconstitucionalidad contra un tratado internacional podrá promoverse dentro de los tres meses siguientes a su publicación oficial.
- f).-La tramitación del recurso de inconstitucionalidad se iniciará mediante la presentación de una demanda por quienes disponen de legitimación activa ante al Tribunal Constitucional, los artículos 31 y 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, legitiman al Presidente del Gobierno y no al Gobierno, como se hace en cambio en materia de control previo de inconstitucionalidad, las minorías parlamentarias son respetadas (53), sólo una vez que el tratado ha sido publicado. Admitida a trámite la demanda, en la que deberán expresarse las circunstancias de identidad de quienes ejercitan la acción y, en su caso, de sus comisionados, concretar el tratado impugnado, en todo o en parte, y precisar el precepto constitucional que se entiende infringido, se dará traslado de ella a las Cámaras legislativas del

Estado por conducto de sus Presidentes y al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia. La personación y formulación de alegaciones deberá hacerse en el plazo de quince días, transcurrido el cual el Tribunal dictará sentencia en el término de diez días a menos que, mediante resolución motivada, estime necesario un plazo más amplio que, en ningún caso, podrá exceder de treinta días.

g).-La sentencia tendrá el valor de cosa juzgada, vinculará a todos los Poderes Públicos y producirá efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Cuando declare la inconstitucionalidad que se podrá fundar en el precepto invocado por el demandante o en cualquier otro, aducido o no en el proceso, declarará igualmente la “nulidad” de las normas impugnadas así como, en su caso, la de aquellas otras del tratado a las que deba extenderse por conexión o consecuencia. Pero si la sentencia es desestimatoria será posible la formulación de un ulterior recurso basado en la infracción de otro precepto constitucional distinto al primeramente invocado.

4.2.6.3.-LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Los tratados internacionales también se pueden controlar de manera concreta, mediante la cuestión de inconstitucionalidad que se caracteriza por:

- a).-Estar prevista en el punto 1 del artículo 29, así como en los artículos 35 al 37 de la Constitución Española.
- b).-Ser de naturaleza concreta
- c).-El sujeto legitimado para ejercitarla, es un juez o tribunal, quien de oficio o a instancia de parte, planteará cuando considere que la norma convencional de cuya validez dependa el fallo del litigio pendiente ante él

puede ser contraria a la Constitución. Lo anterior en términos del punto 1 del artículo 35 Constitucional.

d).-Efectos de la admisión de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá, por lo demás, la vigencia y aplicación del tratado. Lo anterior en términos del artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

e).-La cuestión sólo podrá plantearse dentro de un juicio de jurisdicción no constitucional, ésta se plantea una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia.

f).-La pertinencia de su planteamiento será decidida por el juez mediante auto, después de oír a las partes y al Ministerio Fiscal en plazo común e improrrogable de diez días.

g).-Se dará cuenta al Pleno y a su Sección sobre el despacho ordinario y la decisión o propuesta, según proceda, sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la cuestión de constitucionalidad. En caso de admisión, el Pleno podrá deferir a la Sala que corresponda el conocimiento del asunto de que se trate, en los términos previstos en esta ley. En caso de desechamiento, éste obedecerá a la falta de las condiciones procesales o bien al hecho de que fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada, se hará mediante auto y sin otra audiencia que la del Ministerio Fiscal. De admitirla a trámite el Tribunal dará traslado al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, quienes podrán a personarse y formular alegaciones en el plazo común improrrogable de quince días, concluido el cual el Tribunal dictará sentencia en el plazo de otros quince, ampliables a treinta si es que mediante resolución motivada lo estima necesario.

h).- La sentencia tendrá el valor de cosa juzgada, vinculará a todos los Poderes Públicos y producirá efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Será comunicada inmediatamente al órgano judicial que planteó la cuestión, que quedará vinculado por ella desde que tuviere conocimiento de la misma. Otro tanto

ocurrirá con las partes desde el momento en que reciban la notificación a la que debe proceder el juez o tribunal.

4.3. COLOMBIA

En Colombia existe un control de constitucionalidad difuso, por lo que la función de control corresponde a la Corte Constitucional, a los jueces, a la totalidad de los servidores públicos, a los particulares afectados y a los ciudadanos en general, en virtud de que todos ellos se encuentran sometidos a la Constitución por ser la ley fundamental del Estado Colombiano.¹⁰

4.3.1. HISTORIA

En la historia de Colombia aparece que el primer texto constitucional en establecer un sistema de control de la constitucionalidad, aunque no jurisdiccional, fue la Constitución de Cundinamarca de 1811, por virtud del cual el Senado podía suspender hasta una nueva legislatura, una ley objetada por el Ejecutivo por razones de inconstitucionalidad. La Constitución Política de la Nueva Granada, expedida en mayo de 1853, fue la primera en establecer el control judicial de las normas inconstitucionales, confiriéndole dicho control a la Suprema Corte de la Nación. Por su parte la Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858, dispuso a favor de la Corte Suprema, el control judicial de constitucionalidad sobre las leyes de los Estados y le otorgo poder para suspender la ejecución de los actos de las legislaturas de los Estados, cuando éstos fueran contrarios a la Constitución o a las leyes de la Confederación, correspondiéndole al senado la decisión definitiva sobre la validez de tales actos. Posteriormente en 1863, con la Constitución de los Estados Unidos de Colombia, se

¹⁰Corte Constitucional Colombiana, visible en <http://www.constitucional.gov.co/corte/>

otorgaron sendas facultades a la Corte Suprema Federal para suspender leyes inconstitucionales y al Senado para anularlas. Con la Constitución de 1886, se entregó a la Corte Suprema de Justicia el control de la constitucionalidad, pero a través del mecanismo de la objeción presidencial. Por último y con la Constitución de 1991, se creó la Corte Constitucional, asimismo se estableció un control difuso, que tiene a la cabeza, a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado, extendiendo dicho facultad de control a todos los jueces y tribunales de la República.¹¹

4.3.2. CORTE CONSTITUCIONAL

La nueva Carta Política de Colombia promulgada en el año de 1991¹², creó una Corte Constitucional perteneciente al poder judicial, que se caracteriza por ser el órgano supremo de la jurisdicción constitucional y por ser un tribunal especializado encargado de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

La Corte, como cabeza de la jurisdicción constitucional, conoce de los asuntos de constitucionalidad cuyo análisis le confía la propia Constitución y establece en su condición de intérprete autorizado, las reglas jurisprudenciales sobre el alcance de sus normas.

4.3.3. COMPOSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1991, estableció mediante sus artículos transitorios 22 y 23, una primera Corte Constitucional, integrada por 7 (siete) magistrados,

¹¹ Cfr. Tobo, Javier, *La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad en Colombia*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Colombia, 1996, Págs. 144 a 146

¹² Constitución Política de la República de Colombia de 1991, incluye las reformas de 1993, 1995, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005, actualizada hasta el Decreto 2576 del 27 de Julio de 2005

que ejercieron sus funciones durante un año, mismos que fueron designados de la siguiente manera: dos por el Presidente de la República, uno por la Corte Suprema de Justicia, uno por el Consejo de Estado y uno por el Procurador General de la Nación, posteriormente los cinco magistrados elegidos, designaron los dos restantes, de ternas presentadas por el Presidente de la República. Una vez integrada, la Corte se instaló formalmente el primero de marzo de 1992.

Posteriormente y en cumplimiento a lo ordenado por el artículo 239 de la Constitución, el Congreso de la República expidió la Ley 5ª de 1992, la cual dispuso que la Corte Constitucional, estaría integrada por (9) nueve miembros.

1.-Miembros.-Según lo dispuesto en el artículo 239 de la Constitución y el artículo 44 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la Corte Constitucional está integrada por nueve magistrados.

2.-Condiciones de elegibilidad. De acuerdo con el artículo 232 de la Constitución de Colombia, para ser Magistrado de la Corte Constitucional, se requiere ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio, ser abogado, no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, haber desempeñado, durante diez años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente.

3.-Nombramiento. Los miembros de la Corte Constitucional, son elegidos por el Senado de la República, de sendas ternas presentadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

4.-Duración en el cargo. Los Magistrados de la Corte Constitucional, son elegidos para períodos individuales de ocho años, no podrán ser reelegidos y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso.

5.- Estructura.-La Corte Constitucional se encuentra integrada por:

a).- Un Presidente, quien es el representante de la Corte ante las demás ramas, órganos y autoridades del poder público. Es elegido por la Sala Plena para un período de un año. Entre sus funciones, se encuentra la de coordinar las funciones internas de la Corporación y asumir su representación externa. Es quien preside las sesiones de la Sala Plena y define el orden del día. No tiene voto cualificado.

b).-Un Vicepresidente, es de igual forma el representante de la Corte ante las demás ramas, órganos y autoridades del poder público. Es elegido por la Sala Plena para un período de un año.

c).-Una Sala Plena, que es el órgano de mayor jerarquía, se encuentra integrada por todos los magistrados. Tiene funciones judiciales, administrativas, así como participativas con el Congreso Nacional. Las decisiones que cambian la jurisprudencia o las que, por su importancia, la Sala Plena decide asumir, son emitidas por ésta.

d).-Salas de Revisión.- Son nueve salas, cada uno de los nueve Magistrados preside una de las salas y la integra con los dos que le siguen en orden alfabético. Las sentencias de revisión de las decisiones judiciales proferidas con ocasión de una acción de tutela, se adoptan en alguna de las nueve Salas de Revisión o Salas de Tutela.

e).-Salas de Selección. Se integran mensualmente y se componen de dos Magistrados encargados de seleccionar las decisiones judiciales de tutela que la Corte habrá de revisar.

f).-Magistrados Auxiliares, les corresponde colaborar con el estudio y trámite de los procesos a cargo de cada uno de los nueve magistrados, informar acerca de la jurisprudencia, legislación y doctrina necesaria para resolver los asuntos. A cada uno de los nueve magistrados que integran la Corte Constitucional, corresponden dos magistrados auxiliares de libre nombramiento y remoción, cuya confirmación depende de la Sala Plena.

g).- Una Secretaría General, que está compuesta de un secretario, de dos oficiales mayor, seis auxiliares judiciales tres auxiliares de servicios generales y un citador. Sus funciones son redactar las actas de las sesiones, mantener el archivo de la secretaría, entre otras.

h).-Una Dirección Administrativa, le corresponde proveer lo necesario para el funcionamiento y administración de personal, capacitación, control interno y presupuesto y suministro de los elementos para el desarrollo de las actividades cotidianas. Está a cargo de un Director, que es designado por la Sala Plena.

i).-Una Relatoría, que es la encargada de llevar el registro de todas las providencias de la Corte, además es la encargada de suministrar información a los magistrados, a los empleados de la Corte, así como al público en general.

j).-Una Biblioteca, cuya función es guardar, conservar y conservar toda la información bibliográfica. Esta a cargo de un bibliotecólogo designado por la Sala Plena.

6.-Estatuto Jurídico. Los Magistrados son independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato, mientras observen buena conducta, tengan conocimientos satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso. Los magistrados de la Corte Constitucional son penal y disciplinariamente responsables, sin embargo, gozan de un fuero especial. En efecto, las quejas contra estos funcionarios deben ser formuladas ante la Cámara de Representantes quien decide si acusa o no al correspondiente funcionario ante el Senado de la República. Si prospera la acusación por indignidad el juez será el Senado de la República. Sin embargo, si surge la sospecha de la comisión de un delito, el Senado deberá dar traslado a la Corte Suprema de Justicia

4.3.4. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

De conformidad con el artículo 241 de la Constitución de Colombia, a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, por lo que cumplirá las siguientes funciones:

1.-Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

2.-Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

3.-Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

4.-Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5.-Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.

6.-Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

7.-Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

8.-Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

9.-Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno

podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

10.-Darse su propio reglamento.

4.3.5. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

En Colombia existe un control de constitucionalidad difuso, por lo que la función de control corresponde a la Corte Constitucional, a los jueces, así como a la totalidad de los servidores públicos, a los particulares que resulten afectados y a los ciudadanos en general, en virtud de que todos ellos se encuentran sometidos a la Constitución por ser la ley fundamental del Estado Colombiano.

En ese sentido y siguiendo el texto de los artículos 4° y 6° de la Constitución Colombiana de 1991, el control de la constitucionalidad corresponde a una función asignada a la totalidad de los servidores públicos, a los particulares que cumplen funciones públicas, a los particulares afectados por la actividad pública, así como a los ciudadanos en general, pues todos ellos se encuentran sometidos al régimen establecido por la Ley Fundamental.¹³

4.3.5.1. OBJETO DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El objeto del control de constitucionalidad serán los proyectos de ley, los Decretos dictados con fundamentos en los artículos 212, 213 y 251 de la Constitución, preceptos que se refieren al estado de conmoción, al estado

¹³ Cfr. Ibidem, Pág. 147

de emergencia y aquellos casos en que se declara la guerra, que están dedicados a la regulación de las facultades del Gobiernos, las leyes estatutarias, entendiendo a éstas como una extensión de la propia Constitución, los tratados internacionales y las leyes que los aprueban, las excusas de una persona para no comparecer ante cualquier Comisión Permanente del Congreso y los derechos fundamentales.

A su vez el objetivo del control de la constitucionalidad es verificar, comprobar, inspeccionar y/o vigilar la conformidad de los actos u omisiones de los órganos constituidos con la norma constitucional de un Estado.

4.3.5.2. FORMAS DE INSTAR EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Se señala la forma en que la Corte Constitucional revisa el cumplimiento y respeto a la Carta Magna de Colombia. Así encontramos que puede ser:

a).-Control por vía de Acción Pública o Ciudadana. En este tipo de revisión de constitucionalidad, se reconoce la facultad que tiene cualquier ciudadano colombiano para demandar la nulidad y exclusión del ordenamiento jurídico de un acto de un poder constituido por su contradicción con la Constitución. Su fundamento se encuentra en el numeral 6 del artículo 40 de la Constitución Colombiana que establece que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y que para hacer efectivo ese derecho puede Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. Los ciudadanos tiene derecho de acudir ante la Corte Constitucional para reclamar la inconstitucionalidad formal y material de las leyes, así como de los decretos con fuerza de ley. Asimismo en los juicios de

constitucionalidad que se ventilen ante la Corte Constitucional, cualquier ciudadano en la vía directa y sin tener que demostrar un interés jurídico propio, puede actuar como impugnador o defensor de las normas sometidas a control, cuando se trate de juicios promovidos por otros ciudadanos e incluso en aquéllos en los cuales no existe acción pública. Lo anterior en términos del artículo 242 de la Constitución que establece que en los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional, cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquéllos para los cuales no existe acción pública.

b).-Control por vía de Excepción o Incidental. Como ha sido señalado con anterioridad en Colombia existe un sistema difuso de control de constitucionalidad, en virtud de que dicha tarea no sólo es encomendada a la Corte Constitucional, sino que dicha labor se hace extensiva a todos los jueces y funcionarios judiciales. En éste sentido se requiere la existencia de un juicio concreto en el cual las partes o el propio juez plantean la inconstitucionalidad de la ley que se aplicará al resolver el caso concreto, como una cuestión incidental cuya resolución únicamente producirá efectos entre las partes, lo que supone que aunque la norma declarada inconstitucionalidad no sea aplicada al caso concreto, continúa vigente.

c).-Control Automático o forzado. Es un control de constitucionalidad establecido por mandato del propio ordenamiento jurídico. Así la Constitución impone esta clase de control obligatorio o automático para revisar la concordancia de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sobre los referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos del orden nacional, sobre los decretos legislativos expedidos con fundamento en el artículo 212 constitucional, sobre los proyectos de leyes estatutarias, sobre

los proyectos de ley objetados por el Presidente de la República, así como respecto de los tratados internacionales y las leyes que los aprueban.

d).-Control Previo. En este tipo de control, la concordancia una norma o acto con la Constitución, se verifica antes de que la misma entre en vigor. Este control se realiza por el Presidente de la República respecto de los proyectos de ley, por los Gobernadores y Alcaldes respecto de los proyectos de ordenanza y de acuerdo sometidos a su consideración. Al examen que realiza el Presidente de la República respecto de los proyectos de ley también se le conoce como control por vía de objeción presidencial o por vía oficial de cruce, en virtud de que el Presidente ante eventuales vicios de inconstitucionalidad se niega a sancionar dicho proyecto de ley y decide devolverlo al Congreso. De igual forma se realiza con carácter preventivo la constitucionalidad de los proyectos de leyes estatutarias, la Corte Constitucional las revisa antes de que el Presidente de la República las sancione.

e).-Control por vía de intermediación jerárquica y de tutela administrativa. Es conocido como control por vía de cruce a nivel local, este sistema permite a los gobernadores, al ejecutivo departamental y a los alcaldes objetar actos de autoridad por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad y remitirlos al tribunal competente para que se pronuncie sobre su validez. En el caso de los gobernadores, estos pueden objetar los proyectos de ordenanza; el Ejecutivo Departamental puede revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes; por último los alcaldes se encuentran facultados para objetar los proyectos de acuerdo.¹⁴

4.3.5.3. PROCESOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

¹⁴ Cfr. Ibidem, Págs. 149 a 157.

Los asuntos sometidos al estudio y jurisdicción de la Corte Constitucional se dividen en dos clases:

a).-Ordinarios de constitucionalidad, en términos del artículo 241 de la Constitución que señala que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, que se realizará a través del estudio y resolución de las demandas de inconstitucionalidad que ante ella se ventilen. Que a su vez se dividen en dos tipos: los que se inician a instancia de parte y aquellos en los que la Corte Constitucional actúa de manera oficiosa.

b).-Los preferentes de acción de tutela, en términos del artículo 86 de la Constitución que señala que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

c).-Sobre la decisión respecto de las excusas para inasistir ante cualquier comisión permanente del Congreso, presentadas por las personas naturales o jurídicas que se nieguen a rendir declaraciones orales o escritas sobre hechos relacionados con indagaciones que la comisión siga, esto en términos de lo establecido en el artículo 137 de la Constitución que señala que cualquier comisión permanente podrá emplazar a toda persona natural o jurídica, para que en sesión especial rinda declaraciones orales o escritas, que podrán exigirse bajo juramento, sobre hechos relacionados directamente con las indagaciones que la comisión adelante, puntualizando que si quienes hayan sido citados se excusaren de asistir y la comisión

insistiere en llamarlos, la Corte Constitucional, después de oírlos, resolverá sobre el particular en un plazo de diez días, bajo estricta reserva.

4.3.5.4.PROCESOS ORDINARIOS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Dentro de los procesos ordinarios que se tramitan ante la Corte Constitucional, existen dos tipos:

a).-Procesos ordinarios en que se requiere la instancia de parte, que se inician mediante la tramitación de demandas de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos, según lo establecido en el punto 6 del artículo 40 de la Constitución que señala que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y que para hacer efectivo este derecho puede interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. Dentro de este tipo encontramos:

1.-Las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación, en términos del punto 1 del artículo 241 de la Constitución.

2.-La constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación, en términos del punto 2 del artículo 241 de la Constitución.

3.-La constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización, en términos del punto 3 del artículo 241 de la Constitución.

4.-Las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, en términos del punto 4 del artículo 241 de la Constitución.

5.-Las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación. Lo anterior en términos del punto 5 del artículo 241 de la Constitución.

b).- Procesos ordinarios en que la Corte Constitucional actúa de oficio, cuyo trámite se inicia por mandato de la propia Constitución, sin que se requiera la actuación de un demandante. Dentro de este tipo encontramos:

1.-Sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución. Lo anterior en términos del punto 7 del artículo 241 de la Constitución.

2.-Sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. Lo anterior en términos del punto 8 del artículo 241 de la Constitución.

3.-Sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

4.3.5.5.SUJETOS FACULTADOS PARA ACUDIR ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Es la propia Constitución la que señala quienes tienen la titularidad de la acción pública de inconstitucionalidad, así tenemos a:

a).-Los ciudadanos. Así tenemos que el punto 6 del artículo 40 de la Constitución, señala que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a través del derecho de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

b).-El defensor del Pueblo. Lo anterior en términos del artículo 9 de la Ley 24 de 1992, así como del artículo 282 de la Constitución.

4.3.5.6. PLAZO PARA INTERPONER LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD

La naturaleza de este medio de control de constitucionalidad y su finalidad de defensa y jerarquía de la norma constitucional dentro del orden jurídico, presupone y exige que por regla general la acción de inconstitucionalidad, no tenga establecido plazo alguno para su interposición.

Las excepciones a dicha regla están normadas en la propia Constitución que en su artículo 379 establece que: “Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título. La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 241. Asimismo el punto 2 del artículo 242 constitucional dispone que las

acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto.

4.3.5.7. INTERPOSICION DE LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD

El proceso jurisdiccional constitucional que se ventila ante la Corte Constitucional, consta de las siguientes etapas.

A).-Presentación de la demanda. El proceso se inicia con una demanda por escrito que se presenta ante la Secretaría de la Corte Constitucional. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado y contendrán:

- 1.-El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas,
- 2.- El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas,
- 3.-Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados,
- 4.-Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado,
- 5.-La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

B).-Turno de la demanda de inconstitucionalidad. Una vez recibida la demanda, el Presidente de la Corte Constitucional procederá a repartir para su substanciación el asunto a uno de los Magistrados, de conformidad

con el programa de trabajo y reparto que determine el Pleno de la propia Corte. El magistrado substanciador contará con un término de diez días para decidir sobre la admisión de la demanda, para lo cual procederá a su estudio y si del mismo se desprende que la demanda no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, se le concederán tres días al demandante para que corrija su escrito, para el supuesto de que el actor no enmendara su escrito la demanda será rechazada, contando el accionante contra esta resolución con el recurso de súplica que se tramitará ante el Pleno de la Corte.

C).-Posturas del Magistrado Substanciador. Después de estudiar la demanda de inconstitucionalidad que le fue turnada emite un acuerdo por virtud del cual se puede:

- 1.-Admitir la demanda, procediendo a expedir la providencia a través de la cual resuelve favorablemente sobre la admisión.
- 2.-Inadmitir la demanda, por considerar que la demanda no comprende la totalidad de las normas que deberán ser atacadas, ello con la finalidad de evitar sentencias ineficaces.
- 3.-Rechazar la demanda, cuando la demanda ataca normas amparadas por una sentencia con valor de cosa juzgada, así también cuando se trate de asuntos cuyo conocimiento no corresponde a la Corte

D).-El Auto Admisorio. Por virtud de él:

- a).-Se expide providencia a través de la cual se resuelve favorablemente la admisión
- b).-Se comunica al Presidente de la República o al Presidente del Congreso, acerca de la iniciación de cualquier proceso que tenga por objeto el examen y verificación de constitucionalidad de las normas
- c).-Se puede ordenar la comunicación a los organismos o entidades del Estado que hubieren participado en la elaboración o expedición de la

norma, para que presenten por escrito las razones que justifican la constitucionalidad de las disposiciones sometidas al control de constitucionalidad.

d).-Se ordena fijar en lista las normas acusadas por el término de diez días para que, por duplicado, cualquier ciudadano las impugne o defienda.

e).-En su caso decretar las pruebas que estime necesarias y conducentes.

E).-Después de admitida, en todo momento cualquier magistrado podrá solicitar por escrito que se reúna el Pleno de la Corte para que se lleve a cabo una deliberación preliminar sobre la constitucionalidad de las normas sometidas a control. El presidente de la Corte convocará la correspondiente sesión dentro de la semana siguiente a la solicitud.

F).-Período Probatorio.-Si en el auto admisorio fueron decretadas pruebas necesarias y conducentes, éstas se practicaran en un término de diez días. Son procedentes los medios de prueba establecidos en la legislación ordinaria y serán recabadas por el Magistrado Auxiliar de la Corte comisionado, así como el Juez que ejerza jurisdicción en el lugar donde debe llevarse a cabo la diligencia.

G).-Intervención del Procurador General de la Nación. Una vez admitida la demanda o vencido el término probatorio, el Magistrado Substanciador ordenará correr traslado por treinta días al Procurador General de la Nación para que rinda concepto, es decir, para que manifieste sus consideraciones jurídicas al respecto. Se señala que éstas consideraciones son tomadas en cuenta por la Corte Constitucional Colombiana, pero no tienen un carácter obligatorio, ya que lo cierto es que la Corte Constitucional Colombiana resuelve atendiendo única y exclusivamente a su propio criterio.

H).-Plazo para que el Magistrado Sustanciador presente el Proyecto de Sentencia a la Corte Constitucional Colombiana. Una vez que ha vencido el término del Procurador General de la Nación para rendir concepto, el Magistrado Sustanciador tiene un plazo de treinta días para entregar el proyecto de sentencia a la Secretaría General de la Corte, quien una vez que reciba el proyecto de sentencia remitirá copia del proyecto a los demás magistrados.

I).-Plazo para que la Corte Constitucional Colombiana para que emita sentencia. Vencido el término para la presentación del proyecto, la Sala Plena de la Corte Constitucional Colombiana tiene un plazo de sesenta días para decidir sobre la acción de inconstitucionalidad de que conoce.

J).-Audiencias Públicas. Hasta diez días antes del vencimiento del término para decidir, cualquier Magistrado puede proponer que se convoque a una audiencia para que el demandante o quien hubiere dictado la norma o participado en su elaboración, concurren directamente o a través de su apoderado, para responder preguntas relacionadas con los argumentos expuestos por escrito o aclarar hechos relevantes para tomar la decisión. La Corte, por mayoría de los asistentes, decidirá si convoca la audiencia, fijará la fecha y hora en que habrá de realizarse y concederá a los citados un término breve pero razonable para preparar sus argumentos. Las audiencias serán públicas.

La Corte señalará un término adecuado para que el demandante y quien hubiera participado en la expedición o elaboración de la norma, presenten sus planteamientos.

El Procurador General podrá participar en las audiencias en que lo considere pertinente, después de haber rendido concepto.

Excepcionalmente, cuando la Corte considere que podría contribuir a esclarecer un punto concreto de naturaleza constitucional, podrá ser invitado a presentar argumentos orales en la audiencia quien hubiera intervenido como impugnador o defensor de las normas sometidas a control.

K).-Concepto de Expertos. El Magistrado Sustanciador puede invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso, a presentar por escrito su punto de vista o concepto sobre puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo.¹⁵

Este procedimiento se rige tanto por la Constitución Política de Colombia como por lo dispuesto por el Decreto 2067 de 1991, por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.

4.3.5.3. LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

La resolución de la Corte Constitucional Colombiana se toma por la Sala Plena. Para que ésta pueda deliberar y decidir, se requiere la presencia de un mínimo de 6 de los Magistrados que la componen y se toman por cualquier número entero de votos superior a la mitad del número de magistrados que integran la Corte o de los asistentes a la sesión. Cuando no se reúna la mayoría necesaria, volverán a discutirse y votarse los puntos en que hayan disentido los votantes.

¹⁵ Cfr. Ibidem, Págs. 165 a 171

La Sala Plena se reúne para resolver teniendo en cuenta la ponencia presentada por el Magistrado Sustanciador, si ésta resulta acogida, se convierte en el fallo de la Corte Constitucional, en caso contrario la Sala Plena designa un nuevo ponente encargado de preparar el proyecto acordado por la mayoría de los miembros de la Corte Constitucional Colombiana.

4.3.5.3.1. CONTENIDO DE LAS RESOLUCIONES

- 1.-Antecedentes
- 2.-El texto de la norma cuya constitucionalidad se controla
- 3.-La intervención oficial
- 4.-La intervención ciudadana
- 5.-El Ministerio Público
- 6.-Considerandos
- 7.-Puntos Resolutivos

La parte considerativa de la sentencia deberá ser aprobada por la mayoría de los asistentes. El salvamento de voto, es la constancia por escrito que formula un Magistrado cuando no está de acuerdo con la ponencia acogida por la mayoría de sus colegas. La aclaración de voto, es un escrito formulado por un Magistrado, por virtud del cual explica a título personal las razones en las que funda su apreciación en favor de la sentencia. Los magistrados que aclaren o salvaren el voto dispondrán de cinco días para depositar en la Secretaría de la Corte el escrito correspondiente.

La parte resolutive de la sentencia deberá ser adoptada por la mayoría de los miembros de la Corte Constitucional Colombiana.

En todo caso de contradicción entre la parte resolutive y la parte motiva de un fallo, se aplicará lo dispuesto en la parte resolutive.

La parte resolutive de la sentencia no podrá ser divulgada sino con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte.

4.3.5.3.2. CARACTERÍSTICAS DE LAS RESOLUCIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Las sentencias que profiera la Corte Constitucional se caracterizan por :

- 1.-Tener valor de cosa juzgada constitucional, lo anterior en términos del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991.
- 2.-Por ser de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares, lo anterior en términos del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991.
- 3.-Por no admitir recurso alguno, lo anterior en términos del artículo 49 del Decreto 2067 de 1991.

4.2.5.3.3. EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

En términos del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, los fallos de la Corte sólo tendrán pro futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución.

4.2.5.3.4. NOTIFICACION DE LAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

La Sentencia se notificará por edicto con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte, dentro de los seis días siguientes a la decisión. El Secretario enviará inmediatamente copia de la sentencia a la Presidencia de la República y al Congreso de la República. La Presidencia de la República promoverá un sistema de información que asegure el fácil acceso y consulta de las sentencias de la Corte Constitucional.

Las sentencias de la Corte Constitucional se pronunciarán "en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución".

4.2.5.3.5. PUBLICACIÓN DE LAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana serán publicadas con los salvamentos y aclaraciones en la Gaceta de la Corte Constitucional. Lo anterior de conformidad con el artículo 18 del Decreto 2067 de 1991.

4.2.6.EL CONTROL PREVIO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En su calidad de Jefe de Estado, al Presidente de la República le corresponde dirigir las relaciones internacionales y por tanto la celebración de los tratados internacionales, lo anterior de conformidad con lo dispuesto la fracción 2 del artículo 189 de la Constitución Colombiana. En cumplimiento de ésta función el Estado Colombiano celebra con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso.

Por su parte al Congreso le corresponde aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho

internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados, lo anterior en términos del punto 16 del artículo 150 de la Constitución.

Además de que los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado, lo anterior tal y como lo señala el artículo 224 de la Constitución Colombiana.

FUNDAMENTO JURIDICO DEL CONTROL AUTOMÁTICO EJERCIDO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.

El punto 10 del artículo 241 de la Constitución de Colombia es el fundamento jurídico del control automático ejercido por la Corte Constitucional Colombiana, mismo que establece lo siguiente:

ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

10.-Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno

podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

Al respecto se menciona que una vez celebrado el tratado, se deben sancionar las leyes aprobatorias de los tratados internacionales y posteriormente el Gobierno debe remitirlos de inmediato a la Corte Constitucional Colombiana, para que decida sobre su constitucionalidad.

TRÁMITE ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

- 1.-El Gobierno deberá enviar a la Corte Constitucional el texto del tratado internacional y de la ley mediante la cual es aprobado, dentro de los seis días siguientes a la fecha en que se sanciona la ley aprobatoria del tratado.
- 2.-De conformidad con el programa de trabajo será sometido a reparto.
- 3.-El Magistrado Sustanciador cuenta con un plazo de diez días para proveer sobre la admisibilidad del asunto.
- 4.- El Magistrado Sustanciador ordena correr traslado al Procurador General de la Nación y le concede plazo de 30 días para que rinda concepto.
- 5.-Se concede término de diez días a los ciudadanos para que intervengan en el proceso.
- 6.-Vencido término del Procurador General de la Nación, se concede plazo de 30 días para que el Magistrado Sustanciador presente proyecto de sentencia a la Corte Constitucional Colombiana.
- 7.-Presentado el proyecto, se concede plazo de 60 días a efecto de que la Corte Constitucional emita la sentencia respectiva.
- 8.-La Corte Constitucional Colombiana puede:
 - a).-Declarar la constitucionalidad del tratado internacional y de su ley aprobatoria, entonces el Gobierno podrá efectuar el canje de notas.

b).-Declarar la inconstitucionalidad del tratado internacional y de su ley aprobatoria, entonces el Gobierno no podrá ratificar el tratado.

c).- Declarar que una o varias normas del tratado internacional son inexecutable, en este caso el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

CAPÍTULO 5.

ACCIÓN PREVENTIVA EN CONTRA DE TRATADOS INTERNACIONALES CONTRARIOS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

5.1. NECESIDAD DE CREAR UNA ACCION PREVENTIVA EN CONTRA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES CONTRARIOS A LA CONSTITUCIÓN

En todo Estado de Derecho rige el principio de la supremacía constitucional, es decir, el principio que presupone a la Constitución como la ley suprema y fundamental que debe imperar sobre todo el orden jurídico y aún incluso sobre los órganos constituidos., ello en atención a ser la expresión de las decisiones políticas fundamentales que definen el ser y modo de ser del Estado.

Así tenemos que la Constitución se convierte en un parámetro de medida o comparación para todos los actos de los órganos constituidos e incluso de sus omisiones. Tomando en consideración lo antes señalado, es evidente que todas las normas de carácter general, llámense Leyes Federales, Leyes Locales, Tratados Internacionales, Reglamentos, Decretos de Reformas y Adiciones, Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y todos los actos con fuerza de ley, en su expedición y aplicación deben ajustarse a esa norma fundamental, es decir, deben ser constitucionales, partiendo del principio fundamental de que una norma inferior no puede transgredir a la norma superior.

Con la finalidad de preservar y garantizar el respeto a la Constitución, existe el denominado control de la constitucionalidad de los actos y omisiones de los órganos constituidos.

Dentro del sistema jurídico mexicano, se encuentra prevista en la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la denominada acción de inconstitucionalidad en contra de los tratados internacionales, que es un instrumento de control de la constitucionalidad de tipo jurisdiccional. Es importante hacer notar que dicho instrumento de control de la constitucionalidad de los tratados internacionales tiene una naturaleza correctiva, porque su ejercicio es posterior a la celebración del tratado internacional, a su ratificación y publicación en el Diario Oficial de la Federación, sin embargo, dicho instrumento de control no es idóneo, en primer término porque México es un país adherido a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de fecha 23 de mayo de 1969, en virtud de que nuestro Estado en el año de 1974 ratificó dicha convención y en segundo término porque la citada Convención en su artículo 26 establece que: “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, toda vez que cualquier tratado internacional que celebren los Estados es vinculante aún cuando sea contrario a su Constitución, debido al hecho de que una vez que los Estados han ratificado el tratado internacional (aún cuando sea contrario a su Constitución) no hay forma de destruir la vinculación internacional del Estado ni la responsabilidad por incumplimiento. Asimismo el artículo 27 establece que en relación con la observancia de los tratados, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, de lo que se desprende que la norma internacional convencional no sólo condiciona la legislación interna posterior sino que modifica la anterior, toda vez que ella no podrá ser alegada como justificación del incumplimiento de un tratado. Por último, debe tomarse en cuenta que el artículo 46 establece que aún cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento y de lo que se

concluye que no hay forma de destruir la vinculación internacional del Estado ni la responsabilidad por incumplimiento y por lo tanto el tratado internacional contrario a la Constitución es obligatorio en el ámbito interno.

Ante tal circunstancia y tomando como ejemplo a diversos países como España, Francia y Colombia, el presente trabajo propone la creación de una acción preventiva en contra de tratados internacionales contrarios a la Constitución, que tendrá por objeto una previa revisión de la conformidad del tratado internacional con la Constitución, antes de que sea aprobado por el Senado, dicha revisión se realizará a través de un procedimiento de naturaleza jurisdiccional planteado ante un órgano que ejerza funciones de control de la constitucionalidad y que concluirá con una declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado internacional sometido al control de la constitucionalidad y los efectos de dicha resolución serán declarativos y generales.

Es importante destacar las ventajas de esta acción preventiva en contra de los tratados internacionales cuya constitucionalidad material y/o formal se encuentre en duda. En principio, al adelantar el análisis de la constitucionalidad del tratado internacional en cuestión, surgen beneficios de tipo económico, político y social, ya que si se emite una declaración de constitucionalidad del tratado internacional, se cumple con la defensa de la Constitución y por tanto se garantiza el respeto a las decisiones políticas fundamentales del Estado Mexicano, además de que se ahorra tiempo y trámites, ya que si previo a la aprobación por parte del Senado a un tratado internacional, éste se somete al estudio y análisis por parte del órgano de control de la constitucionalidad a fin de que se emita un pronunciamiento sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad, se evitará la interposición exagerada de otros medios de control de la constitucionalidad posteriores y de naturaleza correctiva. De igual forma se evitan daños eventuales que podría causar el tratado internacional inconstitucional en virtud de que una vez que el Estado Mexicano ha ratificado el tratado

internacional (aún cuando sea contrario a su constitución) no hay forma de destruir la vinculación internacional del estado ni la responsabilidad por incumplimiento. De lo antes expuesto se concluye que el principal y trascendental beneficio es la defensa y garantía de la Constitución por ser el reflejo de las decisiones políticas fundamentales del Estado Mexicano. Finalmente cabe señalar que un control preventivo debidamente combinado con un buen control a posteriori asegura que los actos u omisiones de los órganos constituidos se ajustaran a lo establecido en la norma constitucional, lo que significa un pleno respeto a la decisiones políticas fundamentales tomadas por los destinatarios del poder que se encuentran plasmadas en la Constitución.

5.2. NATURALEZA DE LA ACCIÓN PREVENTIVA EN CONTRA DE TRATADOS INTERNACIONALES INCONSTITUCIONALES

Con la finalidad de determinar la naturaleza jurídica de la acción preventiva en contra de los tratados internacionales inconstitucionales, se señala lo siguiente:

1.-En primer término se procede a determinar su carácter procesal. se denomina acción, toda vez que los sujetos facultados utilizan dicho instrumento de control con el objeto de iniciar un nuevo proceso con la finalidad de poner en movimiento la jurisdicción constitucional. este instrumento pretende iniciar o incoar, por primera vez, un proceso jurisdiccional en su plenitud, ya que a través de dicha acción se inicia la primera y única instancia preventiva en contra de tratados internacionales inconstitucionales.

2.-En segundo término se analiza tomando en consideración las diversas modalidades del control de la constitucionalidad jurisdiccional en que se sitúa el instrumento de control que se encuentra diseñando la que suscribe

el presente trabajo. así tenemos que se puede estudiar en función de las modalidades que a continuación se señalan :

a).-En función del procedimiento, se establece que es en vía de acción, de manera principal y directa, en virtud de que la acción preventiva en contra de tratados internacionales inconstitucionales, será promovida directamente por un sujeto facultado constitucionalmente para solicitar al órgano de control, el examen de la conformidad del tratado Internacional con la norma constitucional.

b).-En función de la aplicación de la norma, se determina que el control será en abstracto, es decir, nuestro instrumento de control tiene por objeto estudiar y comprobar la constitucionalidad formal y/o material de tratados internacionales que aún no han entrado en vigor.

c).-En función del momento en que se ejerce, se establece que el instrumento de control que se diseña, es de carácter preventivo toda vez que la verificación de la conformidad del tratado internacional, tanto en su aspecto formal como material, con la Constitución, se realiza una vez que éste ya ha sido celebrado por el Ejecutivo Federal, pero antes de que el Senado lo ratifique, por lo que es manifiesto que se trata de un control *a priori*, el cual va acompañado de un efecto suspensivo, en el sentido de que el tratado internacional no podrá ser ratificado por el Senado y en consecuencia no podrá entrar en vigor mientras el órgano de control no decida sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad a través de la decisión respectiva.

d).-En función del órgano que realiza el estudio del control de la constitucionalidad del tratado internacional, en el presente caso, este estudio deberá realizarse por un tribunal especialmente facultado para ese propósito y creado ex profeso para verificar la concordancia de los actos u omisiones del poder político con la Constitución. En ese tenor se propone

la creación en nuestro país de un verdadero Tribunal Constitucional o bien la creación de una Sala Constitucional en la actual Suprema Corte de Justicia de la Nación.

e).-En función del objeto, tenemos que serán los tratados internacionales en sí mismos, es decir, se controlará que tanto el procedimiento de celebración como su contenido material, sean acordes con la norma constitucional.

f).- En atención a los sujetos facultados para solicitar al órgano de control la declaración de inconstitucionalidad del tratado internacional, el presente trabajo propone una amplia gama de sujetos facultados para solicitar el examen y/o verificación de la conformidad del tratado internacional con la Constitución, ello en atención a que los tratados internacionales son normas generales.

g).-En función de la extensión de los efectos de la resolución, nuestra acción preventiva en contra de tratados internacionales inconstitucionales deberá tener efectos generales o *erga omnes*, ello en atención a la naturaleza del acto que se controla.

h).-En atención a la naturaleza de los efectos, el instrumento de control que se propone deberá tener una naturaleza declarativa, lo que presupone que la resolución que establezca la inconstitucionalidad tendrá efectos declarativos que no afectarán el texto del tratado, ni conllevarán a su desaparición, no supondrá una declaración de nulidad, sólo se afectará la vigencia del tratado en nuestro país.

5.3. OBJETO DE LA ACCION PREVENTIVA

Son los tratados internacionales, cuyo fundamento constitucional se encuentra establecido en el artículo 133, en la fracción X del artículo 89 y en la fracción I del artículo 76, disposiciones estas que señalan que la

constitución, las leyes del Congreso de la Unión y todos los tratados internacionales celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado y que estén de acuerdo con la Constitución, serán la Ley Suprema de toda la Unión, obligando a los jueces de cada estado a arreglarse a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados. Determinando que al poder ejecutivo le corresponde celebrar tratados internacionales y convenciones diplomáticas, sometiéndolos a la aprobación del Senado.

Así tenemos que el objeto de la acción preventiva, es controlar que el procedimiento de celebración y el contenido material de los tratados internacionales que celebre el Ejecutivo de la Unión, sean conformes a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, se revisarán cuestiones formales y materiales de los tratados internacionales, antes de que sean aprobados por el Senado de la República, lo anterior con la finalidad de garantizar que los tratados internacionales que apruebe el Senado y se publiquen en el Diario Oficial de la Federación, sean constitucionales y puedan ser obligatorios en el ámbito nacional.

Se destaca que en nuestra constitución los artículos 76 fracción I, el artículo 89 en su fracción X y el 133, al referirse al término tratado internacional, se utilizan diversas expresiones, ya que en el artículo 76 se utilizan los vocablos “tratados internacionales y convenciones diplomáticas”, por su parte el artículo 89 utiliza el vocablo “tratados internacionales” y en cambio el artículo 133 establece únicamente el término “tratado”.

5.4. ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE

Es un Tribunal Constitucional, creado especialmente por la Constitución, para actuar como único juez constitucional, órgano al que corresponde verificar que los actos u omisiones de los órganos constituidos sean conformes a la Constitución y en caso contrario ejercer una potestad de anulación de los mismos. Se caracteriza por ser un órgano jurisdiccional colegiado, independiente de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, con facultad exclusiva y excluyente para ejercer funciones de control de la constitucionalidad y cuya resolución tendrá los efectos acordes con la naturaleza del acto objeto de control, es decir, tendrá efectos generales si el acto surte efectos generales, como lo son las leyes y los tratados internacionales.

En el caso de México, ante la ausencia de un Tribunal Constitucional, en el presente ensayo se propone la creación de un verdadero órgano jurisdiccional en materia constitucional, colegiado, independiente de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, con la facultad exclusiva y excluyente en materia de control de la constitucionalidad y cuya resolución tendrá los efectos acordes con la naturaleza del acto objeto de control.

Asimismo se propone lo siguiente:

- 1.-Que el número de sus integrantes sea impar.
- 2.-Que esté integrado por 11 magistrados.
- 3.-Que en la selección de los miembros participen el poder ejecutivo, legislativo y judicial.
- 4.-Que se seleccionen miembros del poder judicial, profesores de universidad, funcionarios públicos y licenciados en derecho, todos ellos juristas de reconocida competencia de más de 10 años de ejercicio profesional en la materia constitucional.

5.-Que se establezcan condiciones de elegibilidad, como ser mexicano de nacimiento y ciudadano en ejercicio, ser licenciado en derecho, tener una antigüedad de mas de 10 años de ejercicio profesional en la materia constitucional y no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad.

6.-Respecto de la duración en el cargo, se propone que los miembros del Tribunal Constitucional sean designados para desempeñar sus funciones por períodos individuales de nueve años y que los miembros se renueven por terceras partes cada tres años. No podrán ser reelegidos y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso.

7.-En relación a su estructura se propone que el Tribunal Constitucional funcione en pleno y en salas y que a la cabeza del mismo sea un Presidente nombrado por los propios magistrados.

8.-En relación con el quórum de deliberación del Pleno, se propone que sea al menos de 7 magistrados, las decisiones se tomarán por mayoría simple.

5.4.1 CREACIÓN DE UNA SALA CONSTITUCIONAL DENTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION PARA CONOCER DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES INCONSTITUCIONALES

En virtud de que en México no existe un verdadero Tribunal Constitucional y ante la falta de propuesta de creación del mismo por parte de los órganos constituidos, se podría comenzar con la creación de una Sala

Constitucional dentro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual se integraría de la siguiente forma.

La Sala Constitucional, se compondrá de cinco ministros, bastando la presencia de cuatro para funcionar.

Las sesiones de las Salas serán públicas y, por excepción, privadas en los casos en que a su juicio así lo exija la moral o el interés público.

Las resoluciones de las Salas se tomarán por mayoría de votos de los ministros presentes. Dentro sus atribuciones estará la de conocer de la acción preventiva en contra de tratados internacionales inconstitucionales.

5.5. VÍA PARA TRAMITAR LA ACCIÓN PREVENTIVA EN CONTRA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES CONTRARIOS A LA CONSTITUCIÓN

La vía para tramitar la acción preventiva en contra de los tratados internacionales inconstitucionales será la vía directa mediante una acción abstracta y un procedimiento especial.

La vía es directa en virtud de que los sujetos autorizados para ejercitar la acción preventiva en contra de los tratados Internacionales contrarios a la Constitución acuden directamente ante el tribunal constitucional, en el caso mexicano, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin la necesidad de agotar un procedimiento o recurso previo.

La vía es abstracta en virtud de que se ataca el Tratado Internacional en si mismo, inmediatamente después de que ha sido celebrado por el Ejecutivo de la Unión y antes de que sea ratificado por el Senado de la República, sin que sea necesario esperar la publicación del mismo en el Diario Oficial

de la Federación y mucho menos un acto de aplicación del Tratado Internacional de que se trate a un gobernado en particular, lo que supone que de ninguna manera se requiere invocar un interés jurídico propio y mucho menos un agravio personal y directo.

Se requiere de un procedimiento especial en virtud de que al ser preventiva la naturaleza de la acción, esta requiere un tratamiento diferente en virtud de que la posible inconstitucionalidad es virtual, sin embargo la resolución será declarativa y con efectos erga omnes. Concluyendo que se busca proteger la Constitución por ser la ley suprema que refleja las decisiones políticas fundamentales del Estado Social Demócrata Mexicano.

5.6. SUJETOS FACULTADOS PARA EJERCER LA ACCION PREVENTIVA EN CONTRA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES CONTRARIOS A LA CONSTITUCIÓN.

Para determinar quienes serán los sujetos autorizados para plantear la acción preventiva en contra de tratados internacionales inconstitucionales, en primer término tomé en consideración el hecho de que un tratado internacional incorporado al derecho interno vigente es considerado jerárquicamente superior a la ley, que se caracteriza por ser impersonal, general, abstracto y de aplicación permanente, en ese tenor es evidente que los sujetos autorizados para plantear la acción preventiva deben ser aquéllos sujetos que representen a quienes se aplicará el tratado internacional. En segundo término es importante determinar que los sujetos facultados para ejercer la acción preventiva en contra de los tratados internacionales inconstitucionales, son tanto órganos del Estado como individuos particulares que actúan para verificar la conformidad del tratado internacional con la Constitución, dejando de lado totalmente la necesidad de un agravio personal y directo, en virtud de que lo que se busca proteger

es la norma constitucional por ser la expresión de las decisiones políticas fundamentales del Estado Mexicano y no intereses personales y concretos.

Los sujetos autorizados para plantear la acción preventiva serán:

- a).- 25% de los miembros de la Cámara de Diputados Federal.
- b).- 25% de los miembros de la Cámara de Senadores.
- c).-25% de la Cámara de Diputados Local.
- d).-25% de los miembros de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.
- e).- Partidos Políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral por conducto de sus dirigencias nacionales.
- f).-La Comisión Nacional de los Derechos Humanos
- g).-0.1 % de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral. ¹

5.7. PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PREVENTIVA EN CONTRA DE TRATADOS INTERNACIONALES CONTRARIOS A LA CONSTITUCION

El período comprendido para interponer la acción preventiva es desde la fecha en que el Ejecutivo celebre el tratado internacional y hasta antes de que el Senado lo ratifique.

5.8. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

Para que la acción preventiva en contra de tratados internacionales inconstitucionales sea procedente se requiere que los sujetos facultados para ejercerla:

En primer término señalen la posible contradicción entre un tratado internacional celebrado por el poder Ejecutivo y que no ha sido ratificado

¹ Martínez, Marco, *La acción popular de inconstitucionalidad para combatir la inconstitucionalidad de Reformas Constitucionales*, UNAM, México, 2004.

por el Senado o parte de él, con el texto de la Ley Suprema; y en segundo término se indique el o los preceptos constitucionales que se infringen con dicho tratado internacional.

5.9. RESOLUCIÓN

5.9.1. PROCEDIMIENTO DE DELIBERACIÓN Y VOTACIÓN

Como se ha sostenido en el presente capítulo el órgano realmente competente para conocer de la acción preventiva en contra de tratados internacionales inconstitucionales, sería un tribunal constitucional, órgano que en México no existe, por lo que se ha propuesto la creación de un Tribunal Constitucional, y que ante la ausencia de propuesta de los órganos constituidos al respecto, se podría comenzar con la creación de una Sala Constitucional dentro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los términos descritos anteriormente.

Sin embargo y dado que en la actualidad no contamos con los órganos de control antes mencionados, en todo caso a quien correspondería conocer y resolver sobre las acciones preventivas en contra de tratados internacionales inconstitucionales, sería a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través del Pleno y se requerirá de un quórum de deliberación de al menos 8 miembros del total que lo integran y el quórum de votación será de una mayoría de cuando menos ochos votos, lo anterior de conformidad con la fracción II del artículo 105 de la Constitución y el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, quórum de deliberación y votación que es criticado en el último punto del presente capítulo.

5.9.2. TERMINO PARA EMITIR LA RESOLUCION

Una vez que se ha presentado por los sujetos autorizados ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación una acción preventiva en contra de un Tratado Internacional que posiblemente vulnera la Norma Suprema, este órgano en un plazo máximo de treinta días naturales debe desahogar el procedimiento respectivo y dictar una resolución en la que emita una declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad.

5.9.3. CARACTERISTICAS DE LA RESOLUCION

La resolución debe estar debidamente motivada, es decir, debe existir un razonamiento lógico-jurídico esgrimido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y en el cual se sustente el fallo emitido, declarando la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Tratado Internacional sometido a su estudio.

Existe la posibilidad de emitir un voto particular, este puede plantearse como discrepante (referido al fallo y a la motivación) o bien como concurrente (el que comparte el fallo pero no su motivación). El voto tiene que estar firmado por el autor y los ministros pueden adherirse, sí así lo desean. Cuando se trata de votos particulares a sentencias y autos, el voto se publicará junto con la resolución en el Diario Oficial de la Federación.

5.9.4. EFECTOS DE LA RESOLUCION

La Resolución puede ser de dos tipos:

a).- Estimatoria. En este caso la resolución declarará que el tratado internacional sujeto a verificación o estudio, lo que implica su discordancia con la Constitución y una vulneración a las decisiones políticas fundamentales del Estado Mexicano.

En este supuesto las resoluciones pueden ser de dos tipos:

1.- Resolución que declara la existencia de defectos formales en la celebración del tratado internacional, es decir, que se resuelva y señale la existencia de una inconstitucionalidad extrínseca del tratado internacional. En este caso el Ejecutivo de la Unión deberá subsanar dichos vicios.

2.- Resolución que declara la existencia de una contradicción entre el tratado internacional y la norma constitucional, que se traduce en una vulneración a las decisiones políticas fundamentales que definen el ser y modo de ser del Estado Mexicano.

b).- Desestimatoria. En este caso la resolución declarará que el tratado internacional sujeto al control o verificación, es constitucional, lo que implica su conformidad con la norma constitucional.

Los efectos de dicha resolución se extenderán a todos los gobernados, es decir, tendrá efectos generales o *erga omnes*, ello en atención a la naturaleza del acto que se controla.

La naturaleza de dicha resolución es declarativa, lo que significa que la declaración de inconstitucionalidad de un tratado internacional, no afectará el texto del tratado, ni conllevará a su desaparición, ni siquiera supone una declaración de su nulidad, por el contrario, sólo afectará su vigencia en nuestro país, por existir una contradicción en el texto del tratado con nuestra Constitución Política.

Esta declaratoria de inconstitucionalidad puede ser relativa a la celebración del tratado o al contenido material del tratado internacional, ya sea en su integridad o unas de sus cláusulas. Así que los efectos de esta resolución obligarán al Ejecutivo de la Unión a:

1.-Subsanar los vicios de forma (inconstitucionalidad extrínseca)

2.-Renegociar el Tratado Internacional, (inconstitucionalidad intrínseca)

3.-A realizar las reservas respectivas para que el Senado pueda ratificar dicho tratado, lo que implica que sólo alguna o algunas cláusulas del Tratado Internacional fueron contrarias a la norma constitucional y que el ejecutivo debe renegociar dichas cláusulas o bien establecer una reserva de las mismas, lo que implicará que dichas cláusulas sean excluidas y modificar los efectos jurídicos de las mismas, (inconstitucionalidad intrínseca) o bien,

4.-A la no ratificación del mismo, lo que implica que la totalidad del Tratado Internacional fue considerado violatorio de la Carta Magna. (inconstitucionalidad intrínseca)

5.9.5. PUBLICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

La resolución deberá ser publicada en el Diario Oficial de la Federación, junto con el voto particular o bien concurrente de existir los mismos.

5.10. POSIBILIDAD DE PLANTEAR DE NUEVA CUENTA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UN TRATADO INTERNACIONAL QUE HAYA SIDO SUJETO AL CONTROL PREVENTIVO.

A lo largo del presente estudio se ha ensalzado la conveniencia de instaurar como medio de control de la constitucionalidad de los tratados internacionales, una acción preventiva que permita el estudio de la conformidad de los tratados con la norma constitucional, después que el Poder Ejecutivo lo haya celebrado pero antes de que el Senado lo ratifique,

con la finalidad de que exista una resolución pronunciada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación o de un tribunal constitucional que emita una declaración sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

Sin embargo en el presente estudio, dada la falibilidad humana y en especial de la actual Suprema Corte de Justicia de la Nación, se señala que junto a ese medio de control preventivo debe existir un medio de control posterior, de manera que ambos se complementen en defensa de la Constitución por ser el reflejo de las decisiones políticas fundamentales del Estado Mexicano.

En esos términos surge el cuestionamiento relativo a la forma y términos en que se pueda combatir un tratado internacional cuya constitucionalidad ya haya sido cuestionada mediante la presentación de una acción preventiva y resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de una declaratoria de constitucionalidad, antes de responder este cuestionamiento lo primero que puede venir a la mente es que la resolución que recayó al procedimiento iniciado con la acción preventiva tiene efectos generales y por tanto valor de cosa juzgada, lo que se traduce en una imposibilidad de plantear de nueva cuenta un medio de control en contra de ese tratado internacional, puesto que dicha cuestión ya ha sido estudiada y valorada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por un Tribunal Constitucional a través de una resolución jurisdiccional con valor de cosa juzgada y con efectos erga omnes.

Respecto de esa sentencia desestimatoria que declara la constitucionalidad del tratado internacional, el presente ensayo propone someramente y por no ser materia del mismo, la creación de un mecanismo o instrumento de control que se pueda ejercer con posterioridad a la emisión de dicha declaratoria, de manera indirecta a través de una vía incidental, lo que presupone la existencia de un proceso judicial o procedimiento administrativo y cuya resolución dependa de la validez o conformidad del

tratado internacional con la Constitución, es un nuevo proceso en donde se pueden invocar la inconstitucionalidad de otros preceptos o incluso coincidir el precepto constitucional que se invoca como infringido siempre que se aduzca un razonamiento diferente al planteado en el proceso directo.

Finalmente, como ya ha sido señalado los efectos de la resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación o el Tribunal Constitucional en un proceso directo, son efectos generales y vinculantes, sin embargo, la vinculación no se extenderá al propio tribunal constitucional, es decir, que dicho órgano de ninguna manera queda sujeto a su propia argumentación, razón por la cual en el nuevo proceso incidental, la Suprema Corte de Justicia o el tribunal Constitucional será libre de realizar una nueva interpretación y fallar en el mismo sentido o bien en un sentido distinto al de la resolución que recayó en el proceso directo, ello implica que el tribunal constitucional se encuentra en condición de poder adaptar a través de una interpretación progresiva la norma constitucional con los cambios políticos y sociales que pueden presuponer un cambio en las decisiones políticas fundamentales del Estado Mexicano, evitando así el anquilosamiento del ordenamiento constitucional. El replanteamiento por la vía incidental puede ejercitarse aún cuando se haya emitido una sentencia desestimatoria por motivos formales o bien por haber estudiado el fondo del asunto.

5.11. DOCTRINA INTERNACIONAL RESPECTO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE SE REFIEREN A DERECHOS HUMANOS

En primer término es pertinente mencionar que en la actualidad una parte importante de la doctrina y de la jurisprudencia internacional distinguen entre tratados internacionales que se refieren a los derechos humanos y los que no regulan dicha materia, dicha distinción otorga a los primeros,

por reconocimiento expreso un grado de valor constitucional e incluso prelación superior a la propias Constituciones de los Estados, por tratarse de derechos humanos.

El origen de esta disposición se encuentra, en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, *Sobre las reservas a la Convención sobre Genocidio*, emitida el 21 de mayo de 1951, pues se observó que en estos acuerdos los Estados tienen un interés común: que es preservar los fines superiores como los derechos fundamentales del hombre. En igual sentido se pronunció, años después, la Comisión Europea de Derechos Humanos; pero, quizás, sea la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que ha precisado mejor estas características de los tratados sobre los derechos humanos, pues en su opinión consultiva relacionada con el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 24 de septiembre de 1982, afirmó que los tratados modernos sobre derechos humanos, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, porque su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. La razón de esta posición reside en que los tratados sobre derechos humanos no son un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados sino que, por el contrario, busca establecer un orden público común cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios. Esta posición jurídica es compartida en Europa y América.

En confirmación de lo antes señalado, algunos tratadistas se han pronunciado al respecto, con la esperanza de adjudicar a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos un valor constitucional, buscando que se internalice definitivamente la importancia axiológica que revisten, así como la creciente trascendencia que adquiere la intersección del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, con la finalidad de plasmar la dualidad de tales fuentes (interna e internacional) mediante su retroalimentación y complementación en aras del fortalecimiento del sistema de derechos, extirpando previamente toda visión prejuiciosa en punto a los presuntos peligros que correría el principio de soberanía, puesto que suscribir tales tratados en materia de derechos humanos asumiendo importantes compromisos es tan sensible campo y atribuir a aquéllos jerarquía constitucional o rango jurídico prioritario en relación con el derecho estatal, implicaría –inversamente a cualquier equivocado preconcepto- ejercer la soberanía y no renunciar a ella.²

5.12.-CRÍTICA A LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 105 FRACCIÓN II DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a la letra dice:

“Art. 105.-La Suprema Corte de Justicia de la Nación, conocerá en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

² Cfr. Bazán, Victor, *Jurisdicción Constitucional y control de constitucionalidad de los Tratados Internacionales*, Porrúa, México, 2003, Pág. 105

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de Tratados Internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobados por una mayoría de cuando menos ocho votos; y

La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrán efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia. ”

Después de un estudio y análisis minucioso se concluye que dicho medio de control está mal diseñado y por lo tanto es ineficaz, por las siguientes consideraciones:

1.- En relación al objeto que se pretende controlar, es importante señalar que con dicho medio de control, se busca verificar la correspondencia de un Tratado Internacional celebrado por el Estado Mexicano con la Constitución, sin embargo se destaca que con dicho medio lo que se controla es un Tratado Internacional que ya ha sido celebrado por el Ejecutivo, ratificado por el Senado, publicado en el Diario Oficial de la Federación y que obliga internacionalmente al Estado Mexicano frente a los otros Estados que sean parte de dicho tratado.

Para el caso de que se tramitase una acción de inconstitucionalidad en contra de un Tratado Internacional celebrado por el Estado Mexicano y la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolviese declarando la invalidez

del mismo por ser inconstitucional, es evidente que el Estado Mexicano tendría que dejar de aplicarlo e incurriría en una responsabilidad internacional en virtud de que el tratado se encuentra vigente y por tanto el Estado Mexicano no puede incumplirlo alegando la existencia de una contradicción con la Constitución, porque lo cierto es que previamente existió una manifestación de su consentimiento en ser parte integrante del tratado y de obligarse en los términos de dicho tratado.

Situación que de ninguna manera acontecerá con la acción preventiva propuesta en el presente trabajo, toda vez que la misma, recae sobre un tratado internacional que ya ha sido celebrado por el Presidente de la República pero que aún no ha sido ratificado por el Senado y por lo tanto todavía no se encuentra vigente y no obliga internacionalmente al Estado Mexicano. Lo anterior supone la posibilidad de realizar un estudio previo sobre la conformidad del tratado internacional con el texto de la Constitución, estudio que permite en caso de que dicho tratado internacional sea contrario a la Norma Suprema, renegociar el tratado, hacer las reservas respectivas o bien no ratificar el tratado, lo cual se traduce en beneficios de carácter político, jurídico y económico para el Estado Mexicano.

2.- En relación a los sujetos facultados para plantear la acción preventiva en contra de tratados internacionales contrarios a la Constitución, se crítica que únicamente puede serlo un porcentaje reducido de los miembros de Senado o el Procurador General de la República, porque el primer supuesto implica que los tratados internacionales únicamente pueden ser controlados por el propio órgano que los ratificó, es decir, el propio Senado; máxime que en el caso mexicano la ratificación por parte del Senado, respecto de los tratados internacionales que somete a su aprobación el Presidente de la República es casi de manera automática y sin un análisis de los mismos, debido a la conformación partidista del mismo que casi siempre coincide con el partido político al que pertenece el

Presidente en turno, así como a la falta de profesionalización de los senadores, en el segundo supuesto, en el caso del Procurador General de la República, es difícil pensar que dicho funcionario ponga en duda la constitucionalidad de un tratado internacional celebrado por el Ejecutivo Federal y casi imposible que solicite a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que verifique su constitucionalidad, simple y sencillamente porque el Jefe Supremo del Estado Mexicano, es quien nombra al Procurador General de la República y es a él que le debe el puesto.

En cambio con la acción preventiva que propongo, este error queda subsanado en virtud de que es amplia respecto de los sujetos facultados para ejercerla y variada en tanto se faculta tanto a órganos del Estado como a particulares, ello en atención a la naturaleza y características del objeto que se controla con la misma, como son los tratados internacionales, ya que estos se caracterizan por ser actos generales, abstractos, impersonales y de aplicación permanente, así pues los sujetos autorizados para ejercitar la acción propuesta deben ser generales, en virtud de que de ninguna manera se busca preservar intereses jurídicos particulares, sino que la finalidad prístina de dicho medio de control es garantizar a la propia Constitución, entendiéndola como el reflejo de las decisiones políticas fundamentales del Estado Mexicano, razón por la cual se propone que sea un porcentaje de la Cámara de Diputados Federal, de la Cámara de Senadores, de la Cámara de Diputados Local, de los miembros de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, así como los Partidos Políticos, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el 0.1 % de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral. Lo anterior se valida con los siguiente razonamientos: ¿qué pasaría si los diputados federales se percataran de la existencia de una vulneración a la Constitución por parte de un tratado internacional? Nada, porque simple y sencillamente no están facultados para solicitarle a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que verifique y decida sobre la eventual violación a algún precepto constitucional por parte de un tratado internacional, de igual forma me

pregunto ¿qué pasa cuando el Congreso Local de una entidad federativa percibe una afectación por parte de un tratado internacional? Que cualquier intento por presentar una acción de inconstitucionalidad será nulo, toda vez que el congreso local no está legitimado para ejercitarla.

3.-En relación con el porcentaje de los miembros del Senado, que en el caso de la acción de inconstitucionalidad, es uno de los sujetos autorizados para ejercitarla en contra de tratados internacionales, en este punto la crítica estriba en lo alto del porcentaje requerido, porque es bien sabido que hasta el año dos mil el Senado estaba conformado por una mayoría priísta, lo que implicó que fueron ratificados casi en su totalidad los tratados internacionales celebrados por el ejecutivo sin importar que muchos fueran contrarios a las decisiones políticas fundamentales adoptadas por el Estado Mexicano y plasmadas en la Constitución, tal y como aconteció con el famoso Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Así las cosas, con el medio de control constitucional que se pretende implementar, además de ampliar los sujetos autorizados para ejercitar la acción propuesta, también se reduce el porcentaje requerido a un 25%, lo anterior tomando como base los sistemas de control existentes en España, Francia y Colombia, entre otros, sistemas en los cuales ha quedado demostrada plenamente la eficacia y seguridad de porcentajes reducidos y con los cuales se ha asegurado que realmente operen y sean eficaces los medios de control de la constitucionalidad.

4.-Respecto al número de ministros que deben aprobar la declaratoria de invalidez, se critica por lo elevado del quórum de votación, ya que en la especie puede acontecer que un tratado internacional pueda ser considerado inconstitucional por 6 o 7 ministros, (lo que implicaría una mayoría simple de estar presentes todos los ministros Suprema Corte de Justicia de la Nación e incluso de estar presentes los 8 ministros que señala el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación), sin embargo y atendiendo a lo establecido por la fracción II

del artículo 105 constitucional no podrá ser declarado inconstitucional por faltar el voto numero 8 previsto en el citado precepto, lo que significa que aunque la mayoría de los ministros resuelvan la inconstitucionalidad del tratado internacional, jurídicamente será imposible que se emita una resolución en ese sentido.

CONCLUSIONES

PRIMERA.-En un Estado de Derecho debe existir una Constitución, reflejo de la realidad social, por ser ésta de naturaleza ontológica, no deontológica.

SEGUNDA.-Al ser la Constitución el objeto de estudio de la Ciencia Constitucional, se debe determinar qué es y en qué consiste la verdadera esencia de una Constitución.

TERCERA.-Se debe aportar un concepto científico de Constitución, ya que los conceptos existentes únicamente se limitan a describir exteriormente como se forman las Constituciones y qué hacen, pero no definen su esencia.

CUARTA.-En todo Estado existe una fuerza activa e informadora, que influye en todas las leyes promulgadas en ese país, de tal modo que las obliga a ser necesariamente, lo que son y como son, esa fuerza constituye los llamados factores reales de poder.

QUINTA.-Los problemas constitucionales son de derecho y de poder, por lo que toda Constitución debe corresponder a la realidad imperante en el Estado de que se trate, por lo tanto no deber considerársele únicamente una naturaleza jurídica, es decir, no debe ser entendida como un deber ser.

SEXTA.-El concepto científico de Constitución debe contener las decisiones políticas fundamentales de un Estado, que definen su ser y modo de ser, independientemente del tipo de Constitución que se posea.

SÉPTIMA.-En cualquier Estado, el poder se manifiesta como una relación socio-psicológica basada en un recíproco efecto entre los que detentan y ejercen el poder y aquéllos a los que va dirigido. Este puede adoptar un carácter político, social, económico, religioso, moral, cultural o de cualquier otro tipo.

OCTAVA.-El proceso político del poder tiene tres momentos fundamentales que son: el origen, el ejercicio y los fines del poder.

NOVENA.- En todo Estado Social Demócrata, el poder político debe estar limitado y controlado, lo que significa limitar y controlar a los detentadores del poder en el ejercicio del mismo a efecto de que sean respetados los destinatarios del poder.

DÉCIMA.- La Constitución es la norma suprema del Estado ya que define su ser y modo ser, por ser la expresión de las decisiones políticas fundamentales del Estado de que se trate.

DÉCIMA PRIMERA.-En todo Estado de Derecho rige el principio de la supremacía constitucional, es decir, el principio que presupone a la Constitución como la ley suprema y fundamental que debe imperar sobre todo el orden jurídico y aún incluso sobre los órganos constituidos, ello en atención a ser la expresión de las decisiones políticas fundamentales que definen el ser y modo de ser del Estado.

DÉCIMA SEGUNDA.-La defensa de la constitución pretende conservar el estado de constitucionalidad o la observancia de las normas constitucionales antes de que éstas sean quebrantadas, previniendo este hecho, o una vez que han sido violentadas, destruyendo las consecuencias del acto violatorio.

DÉCIMA TERCERA.-La defensa de la Constitución se procura mediante un conjunto de procesos normativos de diversa estructura orgánica y ámbito competencial, cuyos supuestos de aplicación y efectos jurídicos difieren o varían en cuanto a su contenido y alcances, que constituyen los llamados medios de control de la constitucionalidad. Así tenemos que la “defensa” es el género y el control es la especie.

DÉCIMA CUARTA.- El Control de la Constitucionalidad, es un medio de defensa de la Constitución, que consiste en la verificación de la conformidad formal y material de los actos u omisiones de la autoridad estatal con la Constitución, con el objeto de prevenir u corregir los actos u omisiones contrarios a la Norma Constitucional y con la finalidad prístina de controlar a los órganos constituidos que detentan el poder.

DÉCIMA QUINTA.-Con la finalidad de garantizar la defensa de la Constitución, se han creado mecanismos de control que permiten la verificación, comprobación, inspección y/o vigilancia de los actos u omisiones de los órganos constituidos, contra la norma constitucional de un Estado.

DÉCIMA SEXTA.-En el Estado Mexicano, la Constitución es el parámetro de medida o comparación para todos los actos de los órganos constituidos e incluso de sus omisiones, por lo que todas las normas de carácter general, llámense Leyes Federales, Leyes Locales, Tratados Internacionales, Reglamentos, Decretos de Reformas y Adiciones, Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y todos los actos con fuerza de ley, en su expedición y aplicación deben ajustarse a esa norma fundamental, es decir, deben ser constitucionales, partiendo del principio fundamental de que una norma inferior no puede transgredir a la norma superior que contiene las decisiones políticas fundamentales de dicho Estado.

DÉCIMA SÉPTIMA.-Al ser los tratados internacionales una norma de carácter general, deben estar sujetos a la verificación y/o comprobación de su conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

DÉCIMA OCTAVA.-México es un país adherido a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de fecha 23 de mayo de 1969, en virtud de que nuestro Estado en el año de 1974 ratificó dicha convención.

DÉCIMA NOVENA.-El artículo 26 de la citada Convención establece que: “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, toda vez que cualquier tratado internacional que celebren los Estados es vinculante aún cuando sea contrario a su Constitución, debido al hecho de que una vez que los Estados han ratificado el tratado internacional (aún cuando sea contrario a su Constitución) no hay forma de destruir la vinculación internacional del Estado ni la responsabilidad por incumplimiento.

VIGÉSIMA.-El artículo 27 de la citada Convención establece que en relación con la observancia de los tratados, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, de lo que se desprende que la norma internacional convencional no sólo condiciona la legislación interna posterior sino que modifica la anterior, toda vez que ella no podrá ser alegada como justificación del incumplimiento de un tratado.

VIGÉSIMA PRIMERA.-El artículo 46 de la citada Convención establece que aún cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento y de lo que se concluye que no hay forma de destruir la vinculación internacional del

Estado ni la responsabilidad por incumplimiento y por lo tanto el tratado internacional contrario a la Constitución es obligatorio en el ámbito interno.

VIGÉSIMA SEGUNDA.-Actualmente dentro del sistema jurídico mexicano, se encuentra prevista en la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la denominada acción de inconstitucionalidad en contra de los tratados internacionales, que es un instrumento de control de la constitucionalidad de tipo jurisdiccional que tiene una naturaleza correctiva, porque su ejercicio es posterior a la celebración del tratado internacional, a su ratificación y publicación en el Diario Oficial de la Federación, sin embargo de emitirse una resolución en que se declare la inconstitucionalidad del tratado internacional, se pueden afectar las relaciones internacionales de México con los otros Estados partes del tratado internacional declarado inconstitucional, en términos de lo dispuesto por los artículos 26, 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de fecha 23 de mayo de 1969.

VIGÉSIMA TERCERA.-En España, Francia y Colombia, existe un control preventivo de los tratados internacionales, lo que implica que existe una previa revisión de la conformidad de los tratados internacionales con la Constitución, antes de que entren en vigor dichas normas de carácter general, mismo que se realiza a través de medios de control debidamente estructurados y que se caracterizan por su funcionalidad y eficacia.

VIGÉSIMA CUARTA.-El presente trabajo propone la creación de una acción preventiva en contra de tratados internacionales contrarios a la Constitución, que tendrá por objeto una previa revisión de la conformidad tanto formal como material del tratado internacional con la Constitución, antes de que sea aprobado por el Senado, dicha revisión se realizará a través de un procedimiento de naturaleza jurisdiccional planteado ante un órgano que ejerza funciones de control de la constitucionalidad y que

concluirá con una declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad cuyos efectos serán declarativos y generales.

VIGÉSIMA QUINTA.-La acción preventiva en contra de tratados internacionales inconstitucionales será en vía de acción, de manera preventiva y abstracta, lo que significa que se ataca el Tratado Internacional en si mismo, inmediatamente después de que ha sido celebrado por el Ejecutivo de la Unión y antes de que sea ratificado por el Senado de la República, sin que sea necesario esperar la publicación del mismo en el Diario Oficial de la Federación y mucho menos un acto de aplicación del Tratado Internacional de que se trate a un gobernado en particular.

VIGÉSIMA SEXTA.- El órgano que realizará el estudio del control de la constitucionalidad del tratado internacional, será un tribunal especialmente facultado para ese propósito y creado ex profeso para verificar la concordancia de los actos u omisiones del poder político con la Constitución. En ese tenor se propone la creación en nuestro país de un Tribunal Constitucional o bien la creación de una Sala Constitucional en la actual Suprema Corte de Justicia de la Nación.

VIGÉSIMA SÉPTIMA.- En el caso de México, ante la ausencia de un Tribunal Constitucional, en el presente ensayo se propone la creación de un Tribunal Constitucional, creado especialmente por la Constitución, para actuar como único juez constitucional, órgano al que corresponderá verificar que los actos u omisiones de los órganos constituidos sean conformes a la Constitución y en caso contrario ejercer una potestad de anulación de los mismos. Se caracterizará por ser un órgano jurisdiccional colegiado, independiente de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, con facultad exclusiva y excluyente para ejercer funciones de control de la constitucionalidad y cuya resolución tendrá los efectos acordes con la naturaleza del acto objeto de control.

VIGÉSIMA OCTAVA.-El período comprendido para interponer la acción preventiva es desde la fecha en que el Ejecutivo celebre el tratado internacional y hasta antes de que el Senado lo ratifique.

VIGÉSIMA NOVENA.-La gama de sujetos facultados para solicitar al órgano de control la declaración de inconstitucionalidad del tratado internacional, es amplia, ello en atención a que los tratados internacionales son normas generales, así que se propone que los sujetos autorizados para plantear la acción preventiva sean el 25% de los miembros de la Cámara de Diputados Federal, el 25% de los miembros de la Cámara de Senadores, el 25% de la Cámara de Diputados Local, el 25% de los miembros de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, los Partidos Políticos, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el 0.1 % de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.

TRIGÉSIMA.-La resolución podrá declarar la existencia de una contradicción entre el tratado internacional y la norma constitucional, su naturaleza será declarativa y sus efectos serán generales o *erga omnes*.

TRIGÉSIMA PRIMERA.-La declaratoria de inconstitucionalidad puede ser relativa a la celebración del tratado o al contenido material del tratado internacional, ya sea en su integridad o unas de sus cláusulas. Por lo anterior la resolución obligará al Ejecutivo de la Unión a subsanar los vicios de forma (inconstitucionalidad extrínseca), a renegociar el Tratado Internacional, (inconstitucionalidad intrínseca), a realizar las reservas respectivas para que el Senado pueda ratificar dicho tratado, lo que implica que sólo alguna o algunas cláusulas del Tratado Internacional fueron contrarias a la norma constitucional y que el ejecutivo debe renegociar dichas cláusulas o bien establecer una reserva de las mismas, lo que implicará que dichas cláusulas sean excluidas y modificar los efectos jurídicos de las mismas, (inconstitucionalidad intrínseca) o bien, a la no

ratificación del mismo, lo que implica que la totalidad del Tratado Internacional fue considerado violatorio de la Carta Magna. (inconstitucionalidad intrínseca).

TRIGÉSIMA SEGUNDA.-Se establece que un control preventivo debidamente combinado con un buen control a posteriori asegura que los actos u omisiones de los órganos constituidos se ajustarán a lo establecido en la norma constitucional, lo que significará un pleno respeto a la decisiones políticas fundamentales tomadas por los factores reales de poder que se encuentran plasmadas en la Constitución

BIBLIOGRAFÍA

Aragón Manuel, "Constitución y Control del Poder, Introducción a una teoría constitucional del control", Primera Impresión, Ediciones Ciudad Argentina, Impreso en España, 1994.

Bazán, Víctor, "Jurisdicción Constitucional y control de constitucionalidad de los Tratados Internacionales", Porrúa, México, 2003.

Brage Camazano Joaquín, "La Acción de Inconstitucionalidad", Primera Reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.

Burgoa Orihuela Ignacio, "El juicio de amparo", Trigésima segunda edición, Porrúa, México 1995.

Cappelletti Mauro, "La Justicia Constitucional", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987.

Castro y Castro Juventino Victor, "El artículo 105 constitucional, Cuarta edición actualizada, Porrúa, México, 2001.

Covián Andrade Miguel, "Teoría Constitucional", Segunda Edición, Reimpresión, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional A.C., México, 2000.

-----"El Control de la Constitucionalidad en el Derecho Comparado", Segunda Edición, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional A.C., México, 2001.

-----"La Teoría del Rombo", Primera Reimpresión, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional A.C., México, 2002.

-----“La Suprema Corte y el Control de la Constitucionalidad, Primera Edición, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional A.C., México, 2005.

De Vergottini Giuseppe, “Derecho Constitucional Comparado”, Traducción e introducción por Pablo Lucas Verdu, Espasa-Calpe, Madrid, 1983

Ferrer Mc Gregor Edurado, “Derecho Procesal Constitucional”, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación A.C., Tercera Edición, Porrúa, México, 2002.

Fix-Zamudio Héctor, “Justicia Constitucional, Ombudman y Derechos Humanos”, Editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1997

-----“Derecho Constitucional Mexicano y Comparado”, Editorial Porrúa, México, 2005,

García Pelayo Manuel, “Derecho Constitucional Comparado, Séptima Edición, Talleres Gráficos de Huecolor Madrid, 1964

Hauriou André, “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”, Traducción castellana, adaptación y apéndice a cargo de José Antonio González Casanova, Quinta Edición, Ediciones Ariel, España, 1971.

Heller Hermann, “Teoría del Estado”, Edición y prólogo de Gerhart Niemeyer, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1983

Instituto de Investigaciones Jurídicas, “Diccionario Jurídico Mexicano”, Editorial Porrúa, México 2007.

Kelsen Hans, “Teoría General del Derecho y del Estado”, Traducción Eduardo, García Maynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988.

-----“¿Quien deber ser el Defensor de la Constitución?”, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 1995.

-----“La Garantía Jurisdiccional de la Constitución”, Traducido por Rolando Tamayo y Salmoran, UNAM, México, 2001.

La Pergola Antonio, “Constitución del Estado y Normas Internacionales”, Primera Edición, UNAM, México, 1985

Lasalle Ferdinand, ¿Qué es una Constitución?, Ediciones Ariel Derecho, España, 2002.

Loewenstein Karl, “Teoría de la Constitución”, Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallante Anabitarte, Segunda Reimpresión, Ariel, España, 1976.

Martínez, Marco, “La acción popular de inconstitucionalidad para combatir la inconstitucionalidad de Reformas Constitucionales”, UNAM, México, 2004.

Ortiz Ahlf Loretta, “Derecho Internacional Público”, Séptima reimpresión de la Segunda Edición, Oxford, México, 2001.

Quiroz Acosta Enrique, “Lecciones de Derecho Constitucional”, Primera Edición, Porrúa, México, 1999.

Quiroga Lave Humberto, “Derecho Constitucional Mexicano”, Tercera Edición, Ediciones de Palma, Argentina, 1993

Real Academia de la Lengua Española, “Diccionario de la Lengua Española”, Espasa Calpe, España, 1998.

Roura Gómez Santiago A., “La defensa de la constitución española”, Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España

Sánchez Bringas Enrique, “Derecho Constitucional”, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2004

Schmitt Carl, “Teoría de la constitución”, Presentación y versión española de Francisco Ayala, Alianza Editorial, España. 2001

-----“La defensa de la Constitución”, Traducido por Manuel Sanchez Sarto, Segunda Edición, Tecnos, España 1998.

Seara Vazquez Modesto, “Derecho Internacional Público”, Décima quinta Edición, Porrúa, México, 1994

Sorensen Max, “Manual de Derecho Internacional Público”, Octava reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

Tamayo y Salmorán Rolando, “Introducción al estudio de la Constitución”, Segunda Edición, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2002.

Tena Ramírez Felipe, “Derecho Constitucional Mexicano”, Quinta Edición, Porrúa, México, 1961.

Tobo Rodríguez Javier, “La Corte Constitucional y el control de la constitucionalidad en Colombia”, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Colombia, 1996

Villaruel Villaroel Darío, “Derecho de los Tratados en las Constituciones de América, Primera Edición, Porrúa, México, 2004.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución de Francia de la Quinta República del 4 de octubre de 1958. Texto actualizado después de la Reforma Constitucional de 2 de octubre de 2000.

Constitución de España del 29 de Diciembre de 1978.

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de fecha 3 de octubre de 1979, texto consolidado e integrado con las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999 y 1/2000 y con expresión particularizada de las reformas conforme a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

Constitución Política de la República de Colombia de 1991, incluye las reformas de 1993, 1995, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005, actualizada hasta el Decreto 2576 del 27 de Julio de 2005.

Decreto 2067 del 4 de septiembre de 1991, por el cual se dicta el Régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de fecha 23 de mayo de 1969.

OTRAS FUENTES

Página electrónica el Consejo Constitucional Francés. Visible en:
<http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

Página electrónica del Tribunal Constitucional Español. Que se encuentra visible en: [http:// www.tribunalconstitucional.es/](http://www.tribunalconstitucional.es/)

Página electrónica de la Corte Constitucional Colombiana. Visible en:
<http://www.constitucional.gov.co/corte/>

Página electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Visible en: <http://www.juridicas.unam.mx>