



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

“EL CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MEXICO”

T E S I S
 QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
 LICENCIADO EN DERECHO
 P R E S E N T A :
 NOE LUIS ORTIZ



ASESOR DE TESIS:
DR. LUCIANO SILVA RAMIREZ



CIUDAD UNIVERSITARIA

2008.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE.

| | |
|-------------------|---|
| INTRODUCCION..... | I |
|-------------------|---|

CAPITULO I TEORIA DE LA CONSTITUCION.

| | |
|--|----|
| 1.1 CONCEPTO DE CONSTITUCION..... | 1 |
| 1.2 DIVERSAS CLASIFICACIONES DE LA CONSTITUCION..... | 8 |
| 1.3 LOS FACTORES REALES DE PODER..... | 16 |
| 1.4 EL PODER CONSTITUYENTE..... | 17 |
| 1.5 LA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL..... | 24 |
| 1.6 LA JERARQUIZACION DE NORMAS..... | 30 |
| 1.6.1 LA CONSTITUCION..... | 41 |
| 1.6.2 LOS TRATADOS INTERNACIONALES..... | 42 |
| 1.6.3 LA LEY..... | 55 |
| 1.6.4 LOS REGLAMENTOS..... | 62 |
| 1.6.5 LOS DECRETOS..... | 67 |
| 1.6.6 LOS ACUERDOS..... | 70 |
| 1.6.7 LAS CIRCULARES..... | 72 |

CAPITULO II EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MEXICO.

| | |
|--|-----|
| 2.1 EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD..... | 75 |
| 2.1.1 EL CONTROL POR ORGANO POLITICO..... | 88 |
| 2.1.2 EL CONTROL POR ORGANO JURISDICCIONAL..... | 92 |
| 2.2 EL PODER POLITICO..... | 109 |
| 2.3 ACTUALES MECANISMOS DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MEXICO..... | 112 |

| | |
|--|-----|
| 2.4 EL JUICIO DE AMPARO..... | 114 |
| 2.4.1 EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO..... | 119 |
| 2.4.2 EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO..... | 130 |
| 2.5 LA ACCION ABSTRACTA DE INCONSTITUCIONALIDAD..... | 139 |
| 2.6 LAS CONTROVERSAS CONSTITUCIONALES..... | 151 |

CAPITULO III

EL CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO COMPARADO.

| | |
|---|-----|
| 3.1 EL CONTROL PREVIO DE NORMAS GENERALES EN EL DERECHO COMPARADO..... | 161 |
| 3.2 EL CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN ALEMANIA..... | 172 |
| 3.2.1 ORGANOS LEGITIMADOS PARA SOLICITAR EL CONTROL PREVIO..... | 178 |
| 3.2.2 ORGANO COMPETENTE PARA CONOCER DEL CONTROL PREVIO..... | 182 |
| 3.2.3 PROCEDIMIENTO PARA LLEVAR A CABO EL CONTROL PREVIO..... | 192 |
| 3.2.4 EFECTOS DE LA SENTENCIA..... | 193 |
| 3.3 EL CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN FRANCIA..... | 197 |
| 3.3.1 ORGANOS LEGITIMADOS PARA SOLICITAR EL CONTROL PREVIO..... | 203 |
| 3.3.2 ORGANO COMPETENTE PARA CONOCER DEL CONTROL PREVIO..... | 205 |
| 3.3.3 PROCEDIMIENTO PARA LLEVAR A CABO EL CONTROL PREVIO..... | 211 |
| 3.3.4 EFECTOS DE LA SENTENCIA..... | 212 |

| | |
|---|-----|
| 3.4 EL CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN ESPAÑA..... | 216 |
| 3.4.1 ORGANOS LEGITIMADOS PARA SOLICITAR EL CONTROL PREVIO..... | 221 |
| 3.4.2 ORGANO COMPETENTE PARA CONOCER DEL CONTROL PREVIO..... | 223 |
| 3.4.3 PROCEDIMIENTO PARA LLEVAR A CABO EL CONTROL PREVIO..... | 229 |
| 3.4.4 EFECTOS DE LA SENTENCIA..... | 231 |

CAPITULO IV

PROPUESTA PARA EL CONTROL PREVIO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MEXICO.

| | |
|---|-----|
| 4.1 EL CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MEXICO..... | 235 |
| 4.1.1 ORGANOS LEGITIMADOS PARA SOLICITAR EL CONTROL PREVIO..... | 253 |
| 4.1.2 ORGANO COMPETENTE PARA CONOCER DEL CONTROL PREVIO..... | 260 |
| 4.1.3 PROCEDIMIENTO PARA LLEVAR A CABO EL CONTROL PREVIO..... | 262 |
| 4.1.4 EFECTOS DE LA SENTENCIA..... | 265 |
| 4.2 PROPUESTA DE REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES..... | 279 |
| CONCLUSIONES..... | 305 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 309 |

INTRODUCCION.

En el presente trabajo de titulación tenemos como primordiales objetivos hacer patente la ineficacia normativa de los procesos constitucionales establecidos en nuestra Ley Suprema para prevenir las violaciones que se puedan cometer a la misma, con motivo de la aprobación de un tratado internacional que le pueda ser contrario, y, como consecuencia de ello, implementar a nivel constitucional el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, para tales efectos en el desarrollo de la investigación, tocamos una serie de tópicos tendientes a la exposición de nociones básicas y fundamentales, que constituyen presupuestos indispensables para comprender con mayor claridad el medio de control que en la investigación tratamos, es decir, un marco teórico de conceptos esenciales que giran en torno a la definición de las normas generales que constituyen el universo normativo de nuestro país, destacando el estudio que hacemos de la Constitución y de los tratados internacionales, así como todo lo relativo a una teoría constitucional, cuestiones éstas que son plasmadas en el capítulo uno de nuestra tesis.

Del mismo modo, en el capítulo segundo, hacemos énfasis en el estudio de la disciplina denominada “control de la constitucionalidad” al ser ésta la materia en la cual encuentra su génesis el mecanismo de verificación de la constitucionalidad de los tratados que proponemos, mismo cuidado que ponemos al tratar la operatividad del juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, cuando su objeto de estudio son los tratados internacionales, los efectos que provocan las declaraciones de inconstitucionalidad que en cada uno de ellos se lleguen a dictar y la problemática que ello representa, sin dejar de lado las limitaciones que les son consubstanciales dado su carácter *ex post*.

No podíamos prescindir en un trabajo como el presente, del estudio de los sistemas jurídicos que han optado por implementar en sus órdenes normativos al medio de control preventivo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, para así, tener parámetros de referencia de cómo ha sido su

operatividad práctica, sus efectos y consecuencias, y trasladar de ellos, los aspectos positivos que puedan enriquecer nuestra propuesta, prescindiendo de los elementos que constituyan aspectos criticables o que no se adapten a la dinámica de nuestro sistema jurídico-político, aspectos del derecho comparado que son abordados en el capítulo tercero de la tesis.

La propuesta final concreta de cómo debe ser implementado y operado el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales en México, según nuestra óptica, es desarrollada en el capítulo cuarto de la presente obra y constituye la culminación y conglomerado del contenido de los temas anteriores, propuesta con la que esperamos contribuir aunque sea de manera modesta, al engrandecimiento y modernización de nuestro sistema jurídico y al forjamiento de un verdadero Estado constitucional de derecho.

EL CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MEXICO.

CAPITULO I TEORIA DE LA CONSTITUCION.

1.1 CONCEPTO DE CONSTITUCION.

Antes de darnos a la tarea de intentar resolver la problemática que implica dar una definición de la Constitución, es dable mencionar que a lo largo de la historia se han elaborado un sin número de conceptos sobre lo que es la Carta Fundamental de un país, tan variados e importantes como las mentes de los autores que les han dado vida.

En éste contexto, Ferdinand Lassalle en su famosa conferencia dictada en 1862 en la Ciudad de Berlín (Alemania), sienta las bases para identificar a la esencia de una Constitución, o mejor dicho, para definir a la Constitución como esencia y diferenciarla de lo que él mismo llamó, la *hoja de papel*.

Lassalle preguntaba al cúmulo de personas que le escuchaban en aquella ciudad alemana: ¿Qué es una Constitución?, ¿En que consiste la verdadera esencia de una Constitución?, iniciando por decir que la Constitución es una ley, pues necesita de la promulgación legislativa, no obstante, no es cualquier ley, sino que es la *ley fundamental*, pues constituye el *fundamento* de las demás leyes, y hace que necesariamente éstas últimas sean como son y no puedan ser de otra manera. “La idea de fundamento lleva, pues, implícita la noción de una *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*...una fuerza activa que hace, por un imperio de necesidad, que todas las demás leyes e instituciones jurídicas vigentes en el país sean lo que realmente son...”¹

Continúa Lassalle cuestionando al auditorio sobre si existe en un país, una fuerza que influya en las leyes del mismo, de manera tal, que las obligue a ser

¹ LASSALLE, Ferdinand, ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN?, México, editorial colofón, 1997, Pág. 10.

como son y les impida a ser de otra manera, llegando a la respuesta afirmativa, pues tal fuerza real y efectiva la constituyen *los factores reales de poder*, la monarquía, la aristocracia, la burguesía, los banqueros, la pequeña burguesía, la clase obrera, y aún, la conciencia colectiva y la cultura general, son fragmentos de la Constitución, son esa fuerza real y efectiva que determinan e influyen en las leyes y en las instituciones jurídicas de un país. “He ahí, pues, señores, lo que es, en esencia, la Constitución de un país; la suma de los *factores reales de poder* que rigen en ese país.”²

“Se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión *escrita*, y a partir de ese momento, incorporados a un papel, ya no son simples *factores reales de poder*, si no que se han erigido en *derecho*, en instituciones *jurídicas*, y quien atente contra ellos atenta contra la ley y es castigado.”³

Así pues, es como según Lassalle, la Constitución esencia –la suma de los factores reales de poder- se materializa -Constitución jurídica u hoja de papel-, pasando los factores reales de poder a ser los factores jurídicos de un país.

Por otro lado, Hans Kelsen parte de la idea de que toda función del Estado, es en el fondo, una función de creación jurídica, y que las tres funciones del ejercicio del poder público, no son mas que formas jurídicas positivas que no están yuxtapuestas entre sí, si no mas bien, arregladas de manera tal, que forman una estructura jurídica que desemboca en una norma fundamental, la cual a su vez, constituye la base del orden jurídico, siendo esta lo que Kelsen llama, la Constitución en un sentido lógico-jurídico. Pero cuando el legislador establece normas que regulan la creación de la legislación misma, surge la Constitución en sentido jurídico-positivo, la que brota como grado inmediato inferior a la Constitución en sentido lógico-jurídico.⁴

En esta tesis podemos señalar que para Hans Kelsen la Constitución puede ser vista desde dos aristas diversas, la Constitución desde un punto de vista *lógico-jurídico*, y la Constitución desde un aspecto *jurídico-positivo*. Respecto

² *Ibidem.*, Pág. 19.

³ *Idem.*

⁴ KELSEN, Hans, TEORÍA GENERAL DEL ESTADO, México, editorial Editora Nacional, 1983, Pág. 325.

de la primera, señalaba este autor, que debía entenderse como tal a la norma hipotética fundamental, aquella que era preexistente y en la cual se fundaba el primer acto del legislador; por lo que hace a la segunda noción, argumentaba que la Constitución era el contenido determinado por la norma fundamental hipotética, la cual se hacía positiva cuando el legislador establecía las normas que regulaban la creación de la legislación misma.

Al ser la función jurídica, creación jurídica, este dinamismo trae aparejado un proceso de creación jurídica encadenado, desde la norma hipotética, hasta los actos jurídicos individualizados a través de la *positivización* –permítaseme la expresión- de la norma fundamental.

La Constitución en sentido lógico-jurídico es igual a la norma hipotética fundamental, base del orden jurídico y sostén del acto prístino del legislador, la cual a su vez tiene como elemento de su contenido a un hecho, que compone a la Constitución en sentido jurídico-positivo, hecho que a su vez se hace positivo y es fuente para la creación de nuevo derecho de grado inferior, que son las normas individualizadas.

Por su parte Carl Schmitt hablaba de cuatro conceptos de constitución, un concepto absoluto, uno relativo, un tercero positivo y el concepto ideal de Constitución. La Constitución en sentido absoluto viene a ser -según Schmitt- la manera de ser de la unidad política, la esencia y el alma de la misma; “Constitución en sentido absoluto puede significar una *regulación legal fundamental*, es decir, un *sistema de normas* supremas y últimas (Constitución = norma de normas)”⁵, la Constitución en sentido relativo “consiste en que en lugar de fijarse el concepto unitario de Constitución como un todo, se fija solo el de la *ley constitucional* concreta, pero el *concepto de ley constitucional* se fija según *características* externas y accesorias, llamadas *formales*. Constitución, en sentido relativo, significa, pues, la ley constitucional en particular.”⁶; la Constitución en sentido positivo es aquella que se hace materialmente existente como una decisión del poder constituyente; finalmente la Constitución en sentido ideal, es

⁵ SCHMITT, Carl, TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN, España, editorial Alianza, 1996, Pág. 33.

⁶ *Ibidem.*, Pág. 37.

aquella que se reconoce como verdadera o auténtica, por razones políticas, según una determinada ideología imperante.

Para Hermann Heller, “La constitución de un Estado coincide con su organización, en cuanto esta significa la construcción producida mediante actividad humana conciente y sólo ella. Ambas se refieren a la forma o estructura de una situación política real que se renueva constantemente mediante actos de voluntad humana. En virtud de esos actos de voluntad humana concreta, el Estado se convierte en una unidad ordenada de acción y es entonces cuando cobra, en general existencia...Toda organización humana perdura en cuanto constantemente renace. Su realidad actual consiste en la efectividad presente de la conducta de los miembros ordenada para la acción unitaria. Su realidad potencial tiene su expresión en la probabilidad relativamente previsible de que la cooperación entre sus miembros vuelva a producirse de modo semejante en el futuro...es lo que nosotros llamamos Constitución en el sentido de la ciencia de la realidad.”⁷

“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. Esta 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.”⁸

Podemos sintetizar el pensamiento de Heller, señalando que según él, la organización del estado se fundamenta en una probabilidad, esa probabilidad consiste en que el comportamiento de los miembros del Estado se repita en el futuro, cuando esto pasa hay una normalidad, una normalidad fáctica, la cual al volverse norma, se convierte en una normalidad normada, la Constitución es entonces, según Hermann Heller, *la normalidad normada*.

Karl Loewenstein establece su noción de Constitución, partiendo de la idea de que ésta es un instrumento fijado por la sociedad, bien sea mediante la formalización expresa de la misma –constitución formal-, o bien por que se encuentra enraizada en la convicción popular –constitución en sentido espiritual o

⁷ HELLER, Hermann, TEORÍA DEL ESTADO, México, editorial Fondo de Cultura Económica, 1992, Págs. 267 y 268.

⁸ *Ibidem.*, Pág. 269.

material-, a través del cual se va a limitar y controlar al poder político, pues si este no está limitado y restringido, inevitablemente tiende a la degeneración del exceso. Así pues, la Constitución se configura como una relación entre los detentadores y los destinatarios del poder político. En esta tesitura, el maestro dice que: “Con el fin de evitar ese peligro siempre presente, que es inmanente a todo poder, el Estado organizado exige de manera imperativa que el ejercicio del poder político, tanto en interés de los detentadores como de los destinatarios del poder, sea restringido y limitado...Limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder...Un acuerdo de la comunidad sobre una serie de reglas fijas que obligan tanto a los detentadores como a los destinatarios del poder; se ha mostrado como el mejor medio para dominar y evitar el abuso del poder político por parte de sus detentadores. El mecanismo de esas reglas que están, ya formuladas en un documento formal, la constitución, ya profundamente enraizadas en las costumbres y conciencia nacional...los detentadores del poder necesitan la debida autoridad para llevar a cabo las tareas estatales; por otra parte, es indispensable que bajo dicha autoridad quede garantizada la libertad de los destinatarios del poder. Esto mismo, dicho de una manera concisa: el establecimiento de un armonioso equilibrio entre estos dos valores fundamentales...”⁹

Para redondear su idea, Loewenstein afirma que: “Con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas –“la constitución”- destinadas a limitar el ejercicio del poder político. La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder.”¹⁰

Para el maestro Ignacio Burgoa el concepto de Constitución puede verse desde dos puntos de vista, en primer lugar, una Constitución real, ontológica, social y deontológica, y en segundo lugar la Constitución jurídico-positiva.

⁹ LOEWENSTEIN, Karl, TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN, Barcelona, editorial Ariel, 1986, Pág. 29.

¹⁰ *Ibidem.*, Pág. 149.

La Constitución en sentido real, ontológica, social y deontológico, comprende o se constituye por varios elementos, el ontológico, visto como el ser y modo de ser de un pueblo desde una perspectiva de su realidad económica, política, social y cultural; el aspecto deontológico, configurado por el anhelo del pueblo por mejorar o en su caso, mantener su situación real-actual, o lo que es lo mismo el querer ser de ese pueblo, y finalmente, un aspecto teleológico, que se compone por la finalidad que persigue ese pueblo.¹¹

Por otra parte, la Constitución jurídica-positiva, se integra por el conjunto de normas de derecho básicas y supremas, que constituyen el elemento normativo en que se ven reflejas la autodeterminación –organización y funcionamiento del gobierno del Estado- y la autolimitación –las normas que encauzan al poder soberano- del pueblo, características que pueden manifestarse en el derecho positivo, de manera directa u originaria, o bien, de manera indirecta o derivada, siendo de manera directa, las leyes constitucionales, y de manera indirecta o derivada, las leyes secundarias. La Constitución originaria, encarna de manera prístina la autodeterminación y la autolimitación y por consiguiente suele denominársele la ley fundamental, pues sirve de base o fundamento para la creación de las leyes emanadas de la misma, y que serían, la Constitución derivada.¹²

En este contexto, el constitucionalista mexicano en comento, a manera de conclusión define a la Constitución de nuestro país de la siguiente manera: “...Constitución es el ordenamiento fundamental y supremo del Estado que: a) *establece su forma y la de su gobierno;* b) *crea y estructura sus órganos primarios;* c) *proclama los principios políticos y socioeconómicos sobre los que se basan la organización y teleología estatales;* d) *regula sustantiva y controla adjetivamente el poder público del Estado en beneficio de los gobernados.*”¹³

¹¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO, 16º edición, México, editorial Porrúa, 2003, Pág. 320.

¹² *Ibidem.*, Págs. 322,323 y 324.

¹³ *Ibidem.*, Pág. 328.

El maestro Andrés Serra Rojas define a la Constitución desde dos puntos de vista: a) la Constitución social o real; y b) La Constitución jurídica, normativa¹⁴.

La Constitución en sentido real o social, según el maestro Serra, está constituida por aquellos elementos esenciales, naturales propios de una comunidad, que reflejan la realidad social de la misma, constituyendo o manifestando la fisonomía propia de ésta. En cambio, la Constitución jurídica, normativa se forma por las normas supremas de una organización, pero no vistas como una realidad, si no como algo ideal, como una aspiración, un deseo o anhelo de la comunidad. Mientras que en la Constitución social el constituyente crea la norma atendiendo a la realidad social, en la Constitución jurídica-normativa ésta se crea, atendiendo a los anhelos o aspiraciones populares.¹⁵

Para el constitucionalista Jorge Carpizo, la Constitución es el punto de conexión entre el ser y el deber ser de una comunidad, en virtud de que la realidad social –el ser- determina el contenido de la norma -el deber ser-, pero a su vez la norma se injiere en la realidad social, haciendo que ésta cambie según los postulados que la primera le impone.

En el contexto anterior, dice Carpizo que: “Así, la realidad tiene una Constitución que es la forma en que se conduce esa comunidad...La norma puede ir más allá de la realidad, forzar a esta para lograr que se adecue a ella, pero con un límite: que no se trate de violentar esa realidad en nada que infrinja la dignidad, la libertad y la igualdad humana...Así, la Constitución de un país es un eterno duelo entre ser y deber ser, entre realidad y norma. La Constitución de un país es una perpetua adecuación entre un folleto y la vida...Así, la Constitución de un país no es ni ser ni deber ser, sino es ser deber ser.”¹⁶

No obstante las anteriores líneas, la definición concreta que nuestro autor propone, también establece la idea de que la Constitución puede verse desde dos perspectivas, la Constitución en sentido material y en sentido formal,

¹⁴ SERRA ROJAS, Andrés, CIENCIA POLÍTICA, 18º edición, México, editorial Porrúa, 2002, Pág. 521.

¹⁵ *Ibidem.*, Pág. 522.

¹⁶ CARPIZO, Jorge, ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, 8º edición, México, editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, Págs. 42 y 43.

caracterizadas cada una de estas aristas, por una serie de lineamientos que determinan su contenido, las ideas del maestro son del tenor siguiente:

“A) La constitución material contiene:

- i) el proceso de creación y derogación de leyes;
- ii) las normas que crean y otorgan competencia a los órganos de gobierno, y
- iii) la serie de derechos que el hombre puede oponer frente a los órganos de gobierno.

B) La constitución formal implica que las normas que se encuentran en el documento llamado constitución, sólo se modifican o se crean a través de un procedimiento y un órgano especiales. Este procedimiento generalmente es más complicado que el que se sigue para reformar la legislación ordinaria.”¹⁷

Finalmente, desde nuestro punto de vista, la Constitución se puede definir como esencia y como forma. La Constitución como esencia, es un conjunto de decisiones políticas fundamentales, que equivaldría al sentido material ó real que nuestros autores han explicado; la Constitución como forma, es la manera en como se hacen positivas aquellas decisiones. Así, la Constitución es el conjunto de decisiones políticas fundamentales –esencia-, que reflejan el ser y el querer ser del pueblo y determinan el modo de ser de la unidad política llamada Estado, y que para dar durabilidad a los órganos que lo componen y certeza a los gobernados, se plasman en un documento escrito –forma-, en una hoja de papel.

1.2 DIVERSAS CLASIFICACIONES DE LA CONSTITUCION.

Antes de iniciar el análisis de éste apartado, nos gustaría dejar asentados algunos aspectos que nos permitirán apreciar que elementos no pueden servir como guías para el establecimiento de criterios clasificadores de la Constitución, en éste sentido el investigador Jorge Carpizo establece algunos de ellos, taxativos de la Constitución mexicana vigente, al establecer que: “Para tener una idea general de

¹⁷ *Ibidem.*, Págs. 294 y 295.

la Constitución mexicana de 1917 vamos a aplicarle algunos de los criterios que se han formulado para la clasificación de las Constituciones.

De acuerdo con Wheare, la Constitución mexicana es suprema sobre el órgano legislativo, por que para su reforma se sigue un procedimiento más complicado que aquel que se necesita para alterar una norma ordinaria; es federal, es presidencial y es republicana.”¹⁸.

No obstante las manifestaciones vertidas, consideramos que más que fijar parámetros o criterios clasificadores, lo que se hace en este caso es establecer características de nuestra Constitución, es más, en un sentido restrictivo, tampoco podrían verse como características de la Constitución *per se*, pues el único parámetro que el autor citado por Carpizo establece y que podría considerarse como clasificador de la Ley Fundamental es el relativo a la rigidez de su reforma, pero de la misma manera, se confunde al carácter supremo de la Constitución, con el procedimiento especial para reformarla, las demás características van encaminadas a la descripción de nuestra forma de Estado y la forma de su gobierno que la Constitución establece, pues la forma *federal* es nuestra forma de Estado, y nuestro régimen *republicano* y *presidencial* describen a nuestra forma de gobierno, por tanto, no son estos aspectos los idóneos para clasificar a nuestra Constitución, menos aún, para clasificar a la Constitución como tal. Sin embargo, estos criterios fijados por Wheare, citado por Carpizo, no representan la ideología de éste último, pues éste mismo investigador proporciona otros parámetros clasificadores de la ley fundamental, a nuestro parecer bastante novedosos y que sí cumplen la función de criterios de clasificación de una Constitución, como más adelante veremos.

Para el maestro Ignacio Burgoa existen tres grandes parámetros para la clasificación de las constituciones, el primero es desde un punto de vista formal; el segundo atendiendo a su reformabilidad, y finalmente según el contenido ideológico que tengan. Si el parámetro de clasificación es el aspecto formal, las Constituciones pueden ser *escritas* o *consuetudinarias*; si su clasificación se hace

¹⁸ CARPIZO, Jorge y MADRAZO, Jorge, DERECHO CONSTITUCIONAL, México, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, Pág. 11.

atendiendo al procedimiento a seguir para su reforma, una Constitución puede ser *rígida* o *flexible*, finalmente, atendiendo al contenido ideológico de las Constituciones, la misma puede ser burguesa, socialista, individualista, colectiva, entre otras.

Por lo que hace a la primera clasificación, es decir, desde el punto de vista formal “Las Constituciones escritas, generalmente adoptadas según los modelos americano y principalmente francés, son aquellas cuyas disposiciones se encuentran plasmadas en un texto normativo más o menos unitario, en forma de articulado, en el cual las materias que componen la regulación constitucional están normadas con cierta precisión. El carácter escrito de una Constitución es una garantía para la soberanía popular y para la actuación jurídica de los órganos y autoridades estatales, quienes de esa manera encuentran bien delimitados sus deberes, obligaciones y facultades, siendo, por ende, fácil de advertir cuando surja una extralimitación o transgresión a su actividad en su actividad pública.”¹⁹

En lo tocante a las constituciones consuetudinarias, estas se constituyen por “...un conjunto de normas basadas en prácticas jurídicas y sociales de constante realización, cuyo escenario y protagonista es el pueblo o la comunidad misma. La Constitución consuetudinaria, a diferencia de la escrita, no se plasma en un todo normativo, si no que la regulación que establece radica en la conciencia popular formada a través de la costumbre y en el espíritu de los jueces.”²⁰

No obstante las afirmaciones anteriores, el maestro Burgoa aclara que en los países en los cuales existe una Constitución consuetudinaria, basada en la costumbre, no se excluye la existencia de normatividad escrita, verbigracia en Inglaterra, en donde congenian el derecho común inglés *-common law-* con determinados cuerpos normativos de carácter escrito, lo cual viene a constituir, por antonomasia, un sistema híbrido, también llamado mixto.

Desde el punto de vista de su reformabilidad, las Constituciones se clasifican en rígidas o flexibles, siendo las primeras, aquellas Constituciones cuyo procedimiento de reforma exige un procedimiento más complejo y dificultado que

¹⁹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Op. Cit.*, Pág. 324.

²⁰ *Ibidem.*, Págs. 324 y 325.

el que se requiere para la reforma de las demás leyes ordinarias, a *contrario sensu*, las Constituciones flexibles se caracterizan porque para su proceso de reforma, se sigue el mismo procedimiento utilizado para las demás leyes.

Al respecto Maurice Duverger establece tres criterios para la clasificación de las Constituciones, el primero, –según nuestro parecer- visto desde el punto de vista de su efectividad, según el cual, las Constituciones pueden ser Constituciones-ley ó Constituciones-programa; un segundo criterio es atendiendo al procedimiento para su reforma, y por último según establezcan o no medios de control de la constitucionalidad de las leyes.

En este contexto, son Constituciones-ley cuando “Las normas que éstas establecen, las obligaciones y limitaciones que imponen a los gobernantes se aplican de manera efectiva: tal es el caso de los Estados liberales...En los Estado autoritarios, el alcance de las Constituciones es aún más débil. Definen un proyecto ideal o simulado y no contienen obligaciones jurídicas en sentido estricto. De ahí el nombre de Constituciones-programa.”²¹

Por lo que respecta a los dos criterios de clasificación restantes, nuestro autor expone: “También hay que distinguir las Constituciones rígidas, difíciles de modificar, y las Constituciones flexibles, modificables por simples leyes ordinarias, cuyas normas, al poderlas cambiar por el procedimiento ordinario, no coartan excesivamente al legislador. Pueden igualmente diferenciarse las Constituciones que establecen un control de la constitucionalidad de las leyes de las que no lo prevén: en estas últimas también puede el legislador librarse fácilmente de las obligaciones y restricciones teóricamente establecidas en la Constitución.”²²

Sobre el segundo criterio clasificador, o sea, atendiendo a su reformabilidad, Duverger agrega que: “Llaman constitución flexible a la que puede ser modificada por el Parlamento de la misma forma que las leyes ordinarias. En dicho sistema no puede haber contradicción entre la ley y la Constitución, pues una ley que contradice la Constitución es, en realidad, una ley que modifica la Constitución. Una Constitución flexible no tiene, así, ninguna superioridad sobre la ley ordinaria.

²¹ DUVERGER, Maurice, INSTITUCIONES POLÍTICAS Y DERECHO CONSTITUCIONAL, España, editorial Ariel, 1980, Pág. 28.

²² *Idem.*

Esta superioridad solo puede establecerse si se exige un procedimiento especial, distinto al de votación de las leyes ordinarias, para modificar la Constitución; en dicho caso se le califica de rígida. Este procedimiento especial puede ser mas o menos diferente al procedimiento legislativo ordinario: necesidad de hacer elegir una asamblea especial para revisar la Constitución, necesidad de un referéndum popular para aprobar la revisión constitucional operada por el Parlamento, necesidad de mayorías especiales en el Parlamento para votar dicha revisión, modalidades particulares de iniciativa y de redacción de los textos que conlleven una revisión, etc. La rigidez puede ser, por tanto, mayor o menor.”²³

Karl Loewenstein critica los criterios clasificadores considerados como tradicionalistas, entre ellos: según su forma: escritas o consuetudinarias; por su procedimiento de reforma: rígidas o flexibles, o según las formas de Estado o de gobierno que en ellas se establezcan.

En éste contexto, nuestro autor propone dos nuevos criterios para la clasificación de las Constituciones, en primer lugar, según la esencia y contenido de éstas, por el cual las constituciones pueden ser: originarias y derivadas por un lado, e ideológico-programáticas y utilitarias por otro. En segundo lugar, desde la arista de una clasificación ontológica, las Constituciones serán, normativas, nominales y semánticas.

Por lo que hace a las Constituciones originarias o derivadas, Loewenstein manifiesta: “Bajo una constitución “originaria” se entiende un documento de gobierno que contiene un principio funcional nuevo, verdaderamente creador, y por tanto “original”, para el proceso del poder político y para la formación de la voluntad estatal. La expresión de la Constitución “derivada” (o “derivativa”) designa un tipo de Constitución que sigue fundamentalmente los modelos constitucionales nacionales o extranjeros, llevando a cabo tan solo una adaptación a las necesidades nacionales.”²⁴

Las constituciones también pueden ser ideológico-programáticas y utilitarias. Loewenstein lo expone de la siguiente manera: “Cabría establecer una distinción

²³ *Ibidem.*, Págs. 174 Y 175.

²⁴ LOEWENSTEIN, Karl, *Op. Cit.*, Pág. 209.

entre constituciones “cargadas” ideológicamente o con un “programa” ideológico y, por otra parte, constituciones ideológicamente neutrales o puramente utilitarias...Estas constituciones ideológicamente neutrales se proponen, sin ningún tipo de preferencia ideológica, ofrecer un cuadro funcional dentro del cual las fuerzas sociales y políticas de la comunidad deberán enfrentarse en libre concurrencia; esto, naturalmente en el supuesto de que utilicen las instituciones existentes y se sometan al mecanismo prescrito para el proceso del poder.”²⁵ Las constituciones ideológicas-programáticas son como las llama el propio autor, *verdaderos catecismos políticos*, que contienen una marcada ideología, un programa ideológico manifestado en su contenido, ejemplifica este tipo de Constituciones, al establecer que la ley fundamental mexicana vigente, constituye una verdadera Constitución ideológica, pues tiene una marcada orientación al orden social de carácter socialista.

En lo tocante al segundo criterio clasificador de las constituciones, en normativas, nominales y semánticas, hay que decir, que son Constituciones normativas, aquellas en las cuales lo establecido en la Constitución se lleva a cabo en la práctica, en la realidad, pero cuando lo que dispone la ley fundamental no se cumple en la vida real, si no que se manifiesta su contenido como meras aspiraciones a cumplir, estamos en presencia de una Constitución nominal, y cuando lo dispuesto en la Constitución no sólo no se cumple, sino que se aleja de lo establecido por ella, contradiciendo su finalidad misma, la Constitución será semántica.

Para no restarle pureza a la explicación que Loewenstein hace de esta clasificación tan suya, nos permitiremos transcribir algunos fragmentos de su exposición. La Constitución normativa, para ser tal “...tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella...Solamente en este caso cabe hablar de una constitución normativa: sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas. Para usar una expresión de la vida diaria: la constitución es como un traje que sienta bien y

²⁵ *Ibidem.*, Págs. 211 y 212.

que se lleva realmente.”²⁶, Por otro lado, “Una constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la constitución carece de realidad existencial. En este caso, cabe calificar a dicha constitución de nominal...La situación, de hecho, impide, o no permite por ahora, la completa integración de las normas constitucionales en la dinámica de la vida política...La función primaria de la constitución nominal es educativa; su objetivo es, en un futuro más o menos lejano, convertirse en una constitución normativa y determinar realmente la dinámica del proceso del poder en lugar de estar sometida a ella. Y para continuar con nuestro símil: el traje cuelga durante cierto tiempo en el armario y será puesto cuando el cuerpo nacional haya crecido.”²⁷ Finalmente la Constitución es semántica cuando “...su realidad ontológica no es sino la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fácticos, que disponen del aparato coactivo del Estado...en lugar de servir a la limitación del poder, la constitución es aquí el instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos de la localización del poder político. Y para continuar con el símil anterior: el traje no es en absoluto un traje, sino un disfraz.”²⁸

Siguiendo en la línea de algunos criterios para la clasificación de la Constitución, alejados de las categorizaciones tradicionalistas -como los llama Loewenstein- el maestro Jorge Carpizo dice que las constituciones se pueden clasificar en: democráticas, cuasi-democráticas, de democracia popular y no democráticas. Para llegar a la conclusión de que una Constitución pueda o no, ser considerada como democrática, o de tener el rasgo de ser de democracia popular, o de ser medianamente democrática, el investigador, hecha mano de la fijación de tres cuestiones fundamentales, y según las respuestas que en cada país se les pueda dar a las mismas, determinará su grado de democratización. Las interrogantes son las siguientes:

1. Como se establecen y como operan las garantías o derechos fundamentales en la realidad.

²⁶ *Ibidem.*, Pág. 217.

²⁷ *Ibidem.*, Pág. 218.

²⁸ *Ibidem.*, Págs. 218 y 219.

2. Cuales son, y cual es su operatividad en la realidad, de aquellas garantías económicas y sociales que se establecen en favor de los individuos.
3. Cual es la estructura del sistema político, entendiendo por tal, al sistema de partidos y a la distribución del ejercicio del poder.²⁹

En esta tesis, el doctor Carpizo manifiesta: “...una constitución democrática es aquella que realmente: i) asegura ampliamente al individuo sus garantías individuales; ii) le garantiza un mínimo digno de seguridad económica; iii) no concentra el poder en una persona o grupo; es decir que las funciones son ejercidas realmente por diversos órganos y el sistema de partidos acepta el principio de pluralismo ideológico...La constitución cuasi-democrática es aquella en que el individuo tiene constitucionalmente aseguradas toda una serie de garantías individuales y un digno mínimo económico, pero en realidad, estos postulados, aunque no son simple letra sin contenido, no se cumplen bien...En principio existe separación de poderes, pero en realidad, uno de ellos tiene tal fuerza que se destruye el equilibrio que debe existir con otros órganos del gobierno. Generalmente el ejecutivo tiene preponderancia especial, y respecto al pluralismo, éste se admite aunque en múltiples ocasiones existe un partido preponderante o hegemónico.”³⁰

“Las constituciones de democracia popular se configuran primordialmente en los países socialistas donde el énfasis no se encuentra puesto en los derechos humanos, sino en el aseguramiento del mínimo económico digno...sólo hay un partido político, no hay pluralismo ideológico, y en los países donde se admite más de un partido, los otros no tienen ninguna posibilidad de alcanzar el poder. La burocracia del partido lo es también del gobierno, dándose entre ellos una unión que hace que el peso específico de las decisiones se encuentre en dicha burocracia, dejándose a los otros órganos del gobierno sin efectivo poder real...Las constituciones no-democráticas son aquellos (sic) en que no se aseguran los derechos humanos ni los mínimos económicos, y el principio de

²⁹ CARPIZO, Jorge, ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, *Op. Cit.*, Págs. 428 y 429.

³⁰ *Ibidem.*, Pág. 320.

separación de poderes y del sistema de partidos políticos se resume en la voluntad de quien detenta el poder...”³¹

Finalmente una clasificación más que nos parece interesante, es aquella que hace el maestro Emilio Rabasa, atendiendo a la manera de la instauración e iniciación de la vigencia de la Constitución en un Estado, “Alude dicho autor a diversos regímenes jurídicos históricamente dados, afirmando que la *constitución espontánea*, o sea, aquella que emana naturalmente del pueblo por medio de prácticas sociales, reiteradas y continuas, y que es de *índole consuetudinaria*, es la que tiene Inglaterra; por lo que concierne a los Estados unidos, hay una *constitución ratificada*, es decir, sometida a convenciones locales en cada entidad federativa, de dicho país; y por lo que atañe a México, y en general, a las naciones latinoamericanas, existen y han existido *constituciones impuestas*, esto es, cuerpos normativos elaborados en un gabinete, por así decirlo, cuya observancia se impone al pueblo, prescindiendo de que respondan o no a su idiosincrasia, o sea, a su constitución real y teleológica.”³²

1.3 LOS FACTORES REALES DE PODER.

Los factores reales de poder, en el sentido en que los autores los conciben, son sin duda consustanciales al Estado mismo, pues desde siempre están presentes en una comunidad, no obstante, uno de los pensadores que primariamente los definió, fue Ferdinand Lassalle, en su famosa conferencia de 1862, establece qué son esos factores reales de poder y que papel juegan en un país, y desde luego, en la creación de una Constitución.

Para Lassalle, los factores reales de poder son aquellas fuerzas reales y efectivas que determinan que las leyes y las instituciones de un país sean como son y no puedan ser de otra manera, son factores reales de poder -en los tiempos de Lassalle-, la monarquía, la aristocracia, la burguesía, los banqueros, la pequeña burguesía, la conciencia colectiva, la cultura general y aún la clase

³¹ *Ibidem.*, Pág. 431.

³² BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Op. Cit.*, Pág. 325.

obrera y la suma de ellos, la interacción entre sí, son la Constitución de un país, pues aquellos son los fragmentos de esta última.

En términos literales Lassalle manifiesta: “Los *factores reales de poder* que rigen en el seno de cada 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*.”³³

El maestro emérito de la UNAM, Ignacio Burgoa, para dar una definición a los factores reales de poder, inicia por desmembrar el concepto y definir a sus partes, desde un punto de vista etimológico, bajo este contexto nuestro autor expone: “Atendiendo a la etimología de la palabra “factor”, el concepto respectivo significa “el que hace alguna cosa”. La idea de “real” denota lo objetivo, lo trascendente, lo “fenoménico”, según la terminología Kantiana, es decir, “lo que está en la cosa o pertenece a ella”. Por ende, los factores reales de poder son los elementos diversos y variables que se dan en la dinámica social de las comunidades humanas y que determinan la creación constitucional en un cierto momento histórico y condicionan la actuación de los titulares de los órganos del Estado en lo que respecta a las decisiones que estos toman en el ejercicio de las funciones públicas que tienen encomendadas.”³⁴

En nuestros tiempos, se pueden llamar a los factores reales de poder de otras maneras, tales como fuerzas sociales- como los denomina el maestro Serra Rojas- otros autores, sobre todo contemporáneos, suelen llamarlos poderes fácticos ó grupos de presión, etcétera.

Para nosotros, *los factores reales de poder son aquellos elementos que coexisten en un Estado y que gozan de una fuerza fáctica que influye en grado tal en los detentadores formales del poder político, de modo que esa fuerza fáctica se transforma y materializa en decisiones fundamentales con fuerza de ley en un país.*

1.4 EL PODER CONSTITUYENTE.

³³ LASSALLE, Ferdinand, *Op. Cit.*, Pág. 42.

³⁴ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Op. Cit.*, Págs. 348 y 349.

Iniciamos este apartado con una interrogante, derivada del estudio previo de las ideas de varios autores, y la cual en otrora el maestro Burgoa ya se planteaba, esta interrogante nace a raíz de la íntima relación que algunos estudiosos de la materia establecen entre el poder constituyente y la soberanía, en este contexto, iniciaremos por tratar de definir a la soberanía, para después dar la noción del poder constituyente y así llegar a una conclusión. La pregunta consiste pues, en establecer si: ¿poder constituyente y soberanía son lo mismo?.

Es la soberanía sin temor a equivocarnos, uno de los términos más analizados por juristas y politólogos, por tanto, se convierte en un término bastante complejo, cuya abstracción hace casi imposible establecer con unanimidad la forma de entenderse. La soberanía, en términos generales puede verse como la “*voluntad general*”, vista desde una perspectiva meramente Rousseauiana – vélgase la expresión- y es que como dice el maestro Jorge Carpizo, Rousseau explicó magistralmente que la soberanía es eso, el ejercicio de la voluntad general.

Juan Jacobo Rousseau en su *Contrato Social* señala que: “Afirmo, pues, que no siendo la soberanía sino *el ejercicio de la voluntad general*, jamás deberá enajenarse, y que el soberano, que no es más que un *ser colectivo*, no puede ser *representado* sino por él mismo: *el poder se transmite pero no la voluntad*.”³⁵

Rousseau en estas breves líneas extraídas de su obra, nos habla tanto de la soberanía, definiéndola como el ejercicio de la voluntad general; de que ésta –la soberanía- reside en un ser colectivo, al que sin señalarlo podemos inferir que habla del “pueblo”; de la representatividad, y de la delegación del poder a los representantes, más no de la voluntad del pueblo, es decir, de la soberanía como tal. Por otro lado, también podemos argumentar, que la soberanía que reside en ese ser colectivo llamado pueblo, se ejerce –por decirlo de algún modo- a través de los representantes de éstos, a los cuáles se les delega un poder.

Por otra parte, pero a su vez afirmando lo anterior, el ex-presidente Miguel de la Madrid Hurtado, en su obra *Estudios de Derecho Constitucional* hace

³⁵ ROUSSEAU, Juan Jacobo, EL CONTRATO SOCIAL, 14º edición, México, editorial Porrúa, 2004, Pág. 17; (las cursivas son nuestras).

referencia a varios juristas, que sostienen en esencia lo mismo que Rousseau relativo a la soberanía, a continuación daremos algunos ejemplos.

José María del Castillo Velasco, arguye que: “Siendo libres el pueblo y la nación, ésta es soberana de si misma, y no tiene otro superior más que Dios, que es la fuente de la vida y de la libertad...¿pero que es la soberanía? La soberanía es la potestad suprema que nace de la propiedad que el pueblo y el Hombre tienen de si mismos, de su libertad y de su derecho...Así como Dios es el soberano de la creación, el pueblo es el soberano del pueblo, y el Hombre es el soberano del Hombre;...”³⁶

En este contexto, Ramón Rodríguez señala que: “la soberanía en su sentido filosófico es para un pueblo, lo que para una persona la libertad individual”³⁷

Es menester incluir el concepto de soberanía que el maestro Arellano García proporciona, éste indica: “La soberanía es la aptitud que tiene el Estado para crear normas jurídicas, en lo interno, con, contra o sin la voluntad de los obligados; en lo internacional, dándole relevancia a su voluntad para la creación de las normas jurídicas internacionales, expresamente a través de los tratados internacionales y tácitamente a través de la costumbre internacional.

La soberanía es una potestad normativa que se ejerce de manera diferente en lo interno y en lo internacional...”³⁸

Podemos observar que nuestro autor da a la soberanía un contenido diverso según se trate del aspecto interno o externo, pero en lo externo o internacional, habla de la voluntad del Estado para crear tratados internacionales. Más adentrado en su obra el autor agrega: “La voluntad creadora de normas jurídicas le corresponde a cada Estado y debe manifestarse sin injerencias extrañas. Si se pretendiera influir del exterior en esa voluntad se afectaría la soberanía. Por tanto, es manifestación de soberanía que los demás Estados no pretendan influir la libre

³⁶ DEL CASTILLO VELASCO José María, APUNTAMIENTOS PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO, México, Imprenta del Gobierno en Palacio, 1971, Pág. 100, Apud. En: DE LA MADRID HURTADO Miguel, ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL, 3° edición, México, editorial Porrúa, 1986, Pág. 154.

³⁷ RODRÍGUEZ Ramón, DERECHO CONSTITUCIONAL, 2° edición, México, Imprenta en la calle del Hospicio de San Nicolás, 1975, Pág. 524, Apud. En: DE LA MADRID HURTADO, *Ob. Cit.*, Pág. 156.

³⁸ ARELLANO GARCÍA Carlos, PRIMER CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, 5° edición, México, editorial Porrúa, 2002, Pág. 173.

manifestación de voluntad de los Estados soberanos al crear la norma jurídica internacional.”³⁹

Por su parte el maestro Andrés Serra Rojas arguye que: “La soberanía es una característica, atribución o facultad esencial del Poder del Estado que consiste en dar órdenes definitivas, de hacerse obedecer en el orden interno del Estado y de afirmar su independencia en relación con los demás Estados que forman la comunidad internacional. Por tanto, *la existencia de un poder soberano es factor determinante para caracterizar al Estado.*”⁴⁰

Jorge Carpizo externa que: “La palabra soberanía proviene de los vocablos *super-omnia*; luego, etimológicamente significa sobre todo poder. El soberano es quien decide en última instancia sin que nadie le pueda decir o indicar en que sentido tiene que decidir. Soberanía es la facultad exclusiva de un pueblo para dictar, aplicar y hacer cumplir las leyes que el mismo se ha dado.”⁴¹

Para acercarnos más al punto que deseamos, el maestro Ignacio Burgoa, manifiesta que la soberanía está constituida por dos elementos que son: la autodeterminación y la autolimitación, entendiéndose ambas como atribuciones del pueblo o la nación, la primera para dotarse así mismo de una estructura jurídico-política, que desde luego reviste la característica de ser normativa, facultad que *per se* excluye la posibilidad de alguna intervención o injerencia extraña, y la autolimitación a través de la cual se establecen los límites a aquella normatividad.⁴² Ambos elementos configuran a la soberanía popular, la cual se traduce en el poder constituyente.⁴³ He aquí un primer acercamiento del pensamiento del maestro Burgoa, compartido por muchos otros tratadistas, en el sentido de identificar a la soberanía con el poder constituyente, a tal grado de considerarlos como sinónimos.

Una vez que la noción de soberanía ha quedado explicada, podemos encontrar algunas divergencias pero también algunos puntos de conexión entre los argumentos de los autores citados, en un ejercicio de síntesis podemos manifestar

³⁹ *Ibidem.*, Pág. 175.

⁴⁰ SERRA ROJAS, Andrés, *Op. Cit.*, Pág. 399.

⁴¹ CARPIZO, Jorge, ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, *Op. Cit.*, Pág. 299.

⁴² BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Op. Cit.*, Pág. 245.

⁴³ *Ibidem.*, Pág. 323.

que en las primeras definiciones que expusimos –Rousseau, Del Castillo Velasco y Ramón Rodríguez- encontramos la noción de soberanía vista desde un aspecto más filosófico, que resaltan la esencia de la misma; en un segundo momento, al exponer las ideas de los maestros Arellano García y Serra Rojas, notamos la inclinación por definir a la soberanía como una dualidad, en un ámbito interno y en uno internacional; por último, en las definiciones finales del maestro Burgoa, Carpizo y del mismo Serra, vemos un primer acercamiento a la respuesta que podría resolver la incógnita planteada al inicio de este apartado, relacionando a la soberanía con el factor “poder”. En esta tesitura consideramos que es el momento oportuno para definir al poder constituyente y la relación que los autores le dan respecto de la soberanía, previamente definida.

Para el tratadista Burgoa, el poder constituyente es la soberanía misma. Trataremos de explicar sus pensamientos esperando no quitar la brillantez con que el maestro los manifiesta. Ignacio Burgoa desmenuza el término “poder constituyente” en sus dos elementos constitutivos, a saber: “poder” y “constituyente”, manifestando que el primero es una fuerza, energía, actividad ó dinámica; respecto del segundo componente, puede entenderse como la finalidad de esa fuerza, manifestada como la creación de una Constitución. En este sentido, el poder constituyente es aquella fuerza, actividad, energía o dinámica que tiene como primordial objetivo el establecimiento de un orden constitucional, la creación de una Constitución, desde luego, se requiere que ese poder constituyente esté dotado de la supremacía necesaria para no verse influenciado por fuerzas externas, ni para verse sometido a los poderes internos que interactúan dentro de una comunidad humana.⁴⁴

Como podemos observar hay una conexión impresa entre el poder constituyente y la soberanía –según Burgoa- en donde el primero -poder constituyente- puede verse como el *telos* de la segunda –soberanía-, pues al ser ésta última –según lo hemos expuesto- la convergencia de la autodeterminación y la autolimitación de un pueblo, vistas como la facultad del mismo para dotarse de una estructura política y jurídica y de imponerse los límites que el mismo desee,

⁴⁴ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Op. Cit.*, Págs. 248 y 249.

respectivamente, y siendo el poder constituyente el encargado de llevar a cabo en un aspecto fáctico el ejercicio de tales facultades mediante la creación de una Constitución, queda clara la íntima relación de ambos conceptos.

No obstante lo anterior, la soberanía que en esencia es el poder constituyente, no dejan de ser nociones abstractas, por tanto, su ejercicio no puede llevarse a cabo sino por un órgano que pueda desarrollar la función creadora, es éste órgano al que suele denominársele Congreso ó Asamblea constituyente.

Por eso Rousseau decía que el soberano –pueblo- no podía representarse más que a sí mismo, y por tanto era necesaria una delegación de facultades, delegación de poder mas no de voluntad, es por ello también, que el maestro Carpizo parte de la idea de contemplar al poder constituyente como función y como órgano, y llega la misma conclusión que el maestro Burgoa, Jorge Carpizo señala así, que en el poder constituyente: “Su función estriba en crear la constitución y como órgano es quien puede y tiene la facultad para crear esa constitución...Poder constituyente es sinónimo de soberanía y de pueblo. En una teoría democrática, el poder constituyente solo puede ser el pueblo.”⁴⁵

Por nuestra parte podemos hacer las siguientes observaciones.

- a) Tanto la soberanía, como el poder constituyente y los factores reales de poder, pueden considerarse como sinónimos, pero en distintas etapas de su desarrollo.
- b) La soberanía o poder constituyente reside solamente en el pueblo.
- c) Para materializar esa intención de dotarse de una Constitución, el pueblo como titular del poder soberano delega esa facultad en un grupo o cuerpo determinado, que es la asamblea o congreso constituyente.

Partiendo de lo anterior, diremos que la *soberanía* es el ejercicio de la voluntad general, esa voluntad general radica en el *pueblo*, que es elemento humano de un Estado, compuesto por todas las personas que dentro de él se organizan; el pueblo en su grandeza y dada su composición plural, está constituido por diversos *sectores*, por diversos *grupos* que coexisten y que en su

⁴⁵ CARPIZO, Jorge, ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, *Op. Cit.*, Pág. 295.

generalidad, forman ese elemento humano del que hablo, estos grupos, son aquellas fuerzas reales y efectivas detentadores de la fuerza fáctica a la que me he referido anteriormente, de modo que esa fuerza fáctica se transforma y materializa después en ley, para ello debe -el pueblo y por tanto, los grupos que lo conforman- delegar ese *poder constituyente* que como cuerpo colectivo tienen, a un grupo más limitado en términos cuantitativos, para que en representación de aquellos grupos fácticos, de manera directa, y de modo indirecto del pueblo en su composición integral, ejerzan esa voluntad general y materialicen ésta, mediante la creación de una *Constitución*.

En primer lugar no queda duda de que la soberanía puede entenderse como el ejercicio de la voluntad general, cuyo titular es el pueblo, no el Estado como dicen Arellano García ó Serra Rojas, ni tampoco la nación, como insiste el maestro Burgoa, el Estado debe entenderse como una creación del poder soberano, cuyos elementos constitutivos, su forma de organización y las facultades de sus órganos detentadores del poder político, están sometidos al poder soberano no por encima de él; tampoco es la nación, pues en inicio éste es un término sociológico, caracterizado por su abstracción, que puede entenderse -sin entrar en mayores explicaciones- como una sociedad abstracta de hombres, de personas con un pasado, presente y futuro comunes, incluso el propio George Burdea, señalaba que la nación es el sentimiento de solidaridad y lo específico que se encuentra en el sueño compartido, en cambio el pueblo, si es un elemento real, fáctico, determinado ó determinable, es el elemento humano de la unidad política, el elemento personal, constituido por una pluralidad de sectores, y al ser inconcuso que solo las personas podemos tener voluntad, al unirlos, al fusionarlos, creamos la voluntad general, y es esto precisamente lo que es la soberanía, al ser el pueblo el soberano, tiene el poder supremo y por tanto, la facultad inalienable de dotarse a sí mismo de un orden constitucional, de dotarse de una forma de Estado y de establecer la forma de su gobierno, en esencia, de establecer sus lineamiento fundamentales de organización, es decir, de darse una Constitución, es así como la soberanía se convierte en poder constituyente, pero al estar la soberanía o el poder de crear una Constitución depositado en el pueblo, se vuelve materialmente

imposible que éste en su totalidad logre una organización y una convergencia tales, que sean capaces de crear una Constitución, por ello surge la idea de delegar el poder a unos cuantos, el poder de representar la voluntad de todos, naciendo así la asamblea constituyente, que a la larga creará la Constitución de un país.

En síntesis, primero está el *pueblo*, que es el *soberano*, el titular de la *soberanía*, el cual se compone de diversos *sectores* o *grupos*, estos, tienen el *poder constituyente*, el poder de dotarse de una Constitución, por tanto, delegan el poder a un grupo para que plasme los anhelos de la colectividad, que es la *asamblea* o *congreso constituyente*, que finalmente crea a la *Constitución*.

Una vez que tenemos bien identificada la naturaleza del poder constituyente, resulta necesario hacer una diferenciación del mismo con el poder o poderes constituidos, así las cosas, nos apoyaremos en el siguiente cuadro comparativo:⁴⁶

| PODER CONSTITUYENTE | PODERES CONSTITUIDOS |
|--|--|
| Originario | Derivados |
| Su naturaleza y el fundamento de sus determinaciones son políticos | Su naturaleza y el fundamento de sus actos son jurídicos |
| No sujeto a límites | Sujeto a límites constitucionales y legal-secundarios |
| Soberano | Autónomos |

1.5 LA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.

El mismo Hans Kelsen hablaba de que la norma fundamental era tal, en tanto que las demás leyes que encontraban lugar dentro de un orden jurídico, dependían de ella, en cuanto que de ella tomaban su validez. Esto es en esencia a lo que alude la expresión “supremacía constitucional” no obstante, ya en otrora, algunos autores se referían a ésta característica de los cuerpos constitucionales,

⁴⁶ COVIAN ANDRADE, Miguel, TEORÍA CONSTITUCIONAL. VOLUMEN PRIMERO, 3º edición, México, editorial CEDIPC, 2004, Pág. 188.

verbigracia Edwar Coke en Inglaterra, y años después en los Estados Unidos de América, Hamilton en “*El Federalista*” y el Juez Marshall al pronunciarse sobre el conocidísimo caso *Marbury vs. Madison*, en el cual consagra o sienta las bases para un sistema de control de la constitucionalidad, el llamado sistema difuso, entre esas bases se encuentran, a la rigidez constitucional, a la *judicial review*, a la doctrina del precedente y desde luego, a la supremacía constitucional, situaciones que serán analizadas con mayor abundamiento en el capítulo segundo de nuestra investigación.

En este mismo orden de ideas “La supremacía constitucional debe considerarse el principio básico de todo sistema jurídico, como lo demostró con claridad el genio de Hans Kelsen, en cuanto establece una jerarquía normativa indispensable así como el fundamento de validez de todo el ordenamiento a partir de las disposiciones de carácter constitucional. Sin embargo, por razones practicas, por los antecedentes de la vida jurídica colonial y la doctrina del magistrado inglés Eduardo Coke, éste principio fue consagrado primeramente en el artículo IV de la Constitución federal de Estados Unidos y se le otorgó eficacia al famoso caso *Madison versus Marbury* (1803), en el cual como es bien sabido, el presidente de la Suprema Corte Federal John Marshal consideró que toda norma legislativa contraria a la Constitución Federal era nula y sin ningún valor.”⁴⁷

El destacado político estadounidense Alexander Hamilton, en su proverbial ensayo “*El Federalista*” expone según nos comenta el maestro Serra Rojas que: “no hay proposición que se apoye sobre principios mas claros que la que afirma que todo acto de autoridad delgada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser valido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer, no solo lo que estos no permiten, si no incluso lo que prohíben. Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí

⁴⁷ FIX-ZAMUDIO, Héctor, LA CONSTITUCIÓN Y SU DEFENSA, en: LA CONSTITUCIÓN Y SU DEFENSA, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, Pág. 38.

solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser esta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya tenido la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Y concluye: “Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces.”⁴⁸

El doctor Ignacio Burgoa en su *Derecho Constitucional Mexicano*, hace referencia al caso del Juez Marshall, explicando con la claridad que caracterizaba al maestro, cual es la importancia de ésta resolución, para la determinación y significado actual de la supremacía constitucional: “Además, en el célebre fallo del caso “Marbury vs. Madison”, *Marshall* vierte los siguientes conceptos contundentes y definitivos sobre el principio de supremacía constitucional: “Los poderes del Legislativo quedan definidos y limitados, y para que esos limites no puedan equivocarse ni olvidarse, fue escrita la Constitución...” “La constitución controla a cualquier acto legislativo que le sea repugnante; pues de no ser así, el Legislativo podrá alterar la Constitución por medio de la ley común...”, el acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley...” “los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, y entonces la Constitución y no tal ley ordinaria tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables.”⁴⁹

Otro constitucionalista que para explicar a la supremacía constitucional se inspira en los razonamientos vertidos por el Juez Marshall en la resolución antes aludida, es Jorge Carpizo, quien agrega a las consideraciones que del maestro Burgoa hemos citado sobre este caso, lo siguiente: “...La constitución es, o bien una ley suprema inmodificable por medios ordinarios, o está en el mismo nivel que los actos legislativos ordinarios, y como las otras leyes es modificable cuando la legislatura quiera modificarla. Si la primera parte de la alternativa es exacta, entonces un acto legislativo contrario a la constitución no es una ley; si la segunda

⁴⁸ SERRA ROJAS, Andrés, *Op. Cit.*, Pág. 533.

⁴⁹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Op. Cit.*, Pág. 360.

parte es exacta, entonces las constituciones escritas son tentativas absurdas por parte del pueblo para limitar un poder que en su propia naturaleza es ilimitable. Evidentemente todos los que han elaborado constituciones escritas las consideraron como una ley fundamental y suprema de la nación, y consecuentemente la teoría de cada uno de tales gobiernos debe ser la de que un acto de la legislatura repugnante a la constitución, es invalido.”⁵⁰

En términos análogos se manifestaron con posterioridad diversos autores, el mismo Lassalle como hemos dicho antes, manifestó que en inicio la Constitución era una ley, pues necesitaba de la promulgación legislativa, no obstante, no era cualquier ley, sino que era la *ley fundamental*, pues constituye el *fundamento* de las demás leyes, y hace que necesariamente éstas últimas sean como son y no puedan ser de otra manera.

Kelsen también exponía esta idea de manera similar, pues argumentaba que: “...En vez de afirmar desde un punto de vista relativamente hipotético y formal que “no solo unos mandan de hecho y otros obedecen realmente, sino que los unos tienen derecho de mandar y los otros están jurídicamente obligados a obedecer” (lo cual no sería posible sino sobre la base de una norma fundamental hipotética, que establecería una autoridad suprema, a cuya delegación directa o indirecta, se reducirían todos los actos de la misma, como actos de creación normativa)...”⁵¹

Sobre las anteriores nociones que han servido –desde un punto de vista histórico- como el fundamento para la definición y comprensión actuales de la supremacía constitucional, surgen una serie de observaciones que según nuestro parecer caracterizan este término:

- a) Nada puede estar en contravención a la Constitución, por tanto, todos los actos de los poderes públicos del Estado –Legislativo, Ejecutivo y Judicial- están sometidos a los imperativos constitucionales, bajo pena de nulidad.

⁵⁰ CARPIZO, Jorge, ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, *Op. Cit.*, Pág. 296.

⁵¹ KELSEN, Hans, *Op. Cit.*, Pág. 328.

- b) El principio de supremacía constitucional atiende ineludiblemente a su carácter de ley fundamental, en cuanto es el fundamento de validez de las demás leyes.
- c) La rigidez constitucional constituye una expresión y característica de la supremacía de la Constitución.

De esa guisa podemos encontrar en el pensamiento del maestro Burgoa, respecto de la supremacía constitucional, un marcado paralelismo con los lineamientos enunciados anteriormente. El maestro parte de la idea de que la supremacía constitucional está constituida por varios elementos a los que les atribuye el carácter de inseparables, tales elementos son el de *fundamentalidad*, *primariedad* y la *supremacía* como tal.

En ésta tesitura, la Constitución es la ley fundamental, pues es la base de todo el ordenamiento jurídico de un Estado, en los términos en que Kelsen lo señalaba, al ser el fundamento del sistema jurídico estatal, debe entenderse que es a su vez, la ley primaria, primigenia o prístina del mismo, luego entonces, si la Constitución es la ley fundamental que da fundamento y validez a las demás leyes, debe entenderse que también es la ley suprema, siendo éstas dos cualidades de una Constitución –en sentido jurídico-positivo- elementos inseparables de la misma, así pues, la supremacía constitucional implica que la Constitución es el ordenamiento cúspide de todo el derecho positivo del Estado, que constituye el fundamento de validez formal de todas las demás leyes secundarias que de ella emanan, por tanto, si estas se apartan u oponen a los dispositivos constitucionales carecen de validez formal y en consecuencia son susceptibles de decretarse ya política o jurisdiccionalmente, nulas, invalidas, inoperantes o ineficaces.⁵²

El maestro Jorge Carpizo en sus *Estudios Constitucionales*, refrenda esta postura del autor Burgoa, pues indica que al ser la Constitución la norma de mayor jerarquía, una norma inferior contraria a ella, no debe ser aplicada.

Por lo que respecta a la rigidez constitucional, ya previamente hemos dado algunas nociones sobre el tema, cuando analizamos los criterios clasificadores de

⁵² BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Op. Cit.*, Págs. 357, 358 y 359.

la Constitución, concretamente en los referentes a los procedimientos para su reforma, incluso el propio Maurice Duverger hablaba de grados de rigidez; a pesar de que ya tenemos nociones generales de lo que la rigidez constitucional significa, para efectos de este apartado es menester dar una definición concreta de éste principio.

La rigidez constitucional se manifiesta como la instauración de un procedimiento especial y dificultado para las reformas a la Constitución, diverso al procedimiento que se sigue para la reforma a la leyes ordinarias, pues cuando el procedimiento es el mismo tratándose de la Constitución y de las demás leyes, se configura el principio opuesto llamado de flexibilidad constitucional.

La relación existente entre los principios de *supremacía* y *rigidez* constitucionales se explica con uno de los razonamientos que Marshall estableció en la resolución antes citada, en la parte que reza: “La constitución controla a cualquier acto legislativo que le sea repugnante; pues de no ser así, el Legislativo podrá alterar la Constitución por medio de la ley común...”, es así como el carácter rígido del procedimiento de reforma de la Constitución, sirve para garantizar el carácter supremo de la misma.

En el caso de nuestro país, el procedimiento de reforma constitucional se encuentra consagrado en el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al cual nos referiremos con posterioridad, al hablar de la jerarquía normativa.

En síntesis, como reza la ya casi sacramental tesis de José María Iglesias: “*Sobre la Constitución nada ni nadie, bajo la Constitución todo*”, partiendo de esta idea, nuestro pensador plasma en términos casi poéticos lo que la supremacía constitucional implica, una sumisión plena de todos los órganos y poderes estatales a los imperativos constitucionales, no obstante, proponemos – basándonos en ésta idea de Iglesias y desmenuzando su esencia- tres puntos de referencia para explicar a la supremacía constitucional.

1. Nada sobre la Constitución.
2. Nada más allá de la Constitución.
3. Nada en contra de la Constitución.

Nada sobre la Constitución, es decir, que al ser ésta el fundamento de validez de todas las leyes ordinarias derivadas de la misma, nunca un acto del legislativo puede aspirar o pretender colocarse -jerárquicamente hablando-, por encima de la Constitución, sería, como dice Hamilton, suponer que “el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer, no solo lo que estos no permiten, si no incluso lo que prohíben...Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser valido.”, y Marshall al expresar que “toda norma legislativa contraria a la Constitución Federal era nula y sin ningún valor.”, afirmaciones que refrendan nuestro pensar.

Nada mas allá de la Constitución, lo cual significa, que ninguna disposición ordinaria podrá regular hechos o figuras jurídicas que la Constitución no prevea, no contemple, no formen parte de su contenido y por tanto, tampoco de su esencia. Por ello Marshall decía que no es admisible suponer que la Constitución haya tenido la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores.

Nada en contra de la Constitución, en este caso se abarcarían no solo actos legislativos, sino también ejecutivos y desde luego judiciales, pues todo poder del Estado debe estar sometido en sus funciones a los lineamiento constitucionales, actuar en contravención a lo que dispone la Ley Fundamental, atentaría explícitamente contra la supremacía de aquella, en este sentido se entienden las palabras de Hamilton al apuntar que “Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces.”, y las de Marshall al indicar que “los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, y entonces la Constitución y no tal ley ordinaria tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables.”, principio que se encuentra consagrado en el artículo 133 de nuestra Constitución. He aquí lo que la supremacía constitucional significa en un sistema jurídico.

1.6 LA JERARQUIZACION DE NORMAS.

En este apartado estudiaremos uno de los temas en los que la doctrina hasta la fecha, no se ha puesto de acuerdo, no es el propósito de ésta investigación, lograr una unificación de criterios al respecto, pues ni aún las ideas de Kelsen ó de García Máynez, han sido aceptadas del todo, incluso las propias tesis emitidas en épocas recientes por nuestro más alto tribunal, han sido severamente criticadas por algunos tratadistas, y todavía más, la sistematización que sobre el tema se hace en el proyecto de reformas a la Ley de Amparo, resulta cuestionable. Ante este panorama iniciamos –concientes de la complejidad del asunto- el estudio de la jerarquía normativa en nuestro sistema jurídico, empezando por señalar solo algunos criterios asentados por Hans Kelsen, pues lo que más importa para efectos de nuestro estudio, es el escalonamiento que se hace respecto de nuestro sistema normativo en concreto, y si bien la ideología kelseniana sobre este punto resulta de suma importancia y trascendencia, no explica a cabalidad, ni refleja en esencia lo que acontece en nuestro país sobre la jerarquía de nuestras normas.

Hans Kelsen estableció que toda la función del Estado es, en esencia, una función jurídica, y a su vez, función de creación jurídica, existe por tanto, una jerarquía de los diversos grados del proceso creador del derecho, ésta estructura jerárquica se basa en una norma hipotética fundamental –Constitución en sentido lógico-jurídico- en la cual descansa la unidad del orden jurídico, y el grado inferior nace cuando el legislador establece las reglas o normas que regulan la creación de la legislación misma –Constitución en sentido jurídico-positivo-, en ésta tesitura, la serie continuada de las fases o etapas del proceso de creación jurídica, desde la norma fundamental hipotética hasta los actos jurídicos individuales, a través de la Constitución positiva, por ejemplo, las leyes y los reglamentos, constituyen la correlación entre hecho y norma, es decir, para Kelsen, las normas de jerarquía superior tienen como elemento de su contenido a un hecho, el cual a su vez es fuente para la creación de derecho de grado inferior, en otras palabras, la norma de jerarquía superior da a un hecho el carácter de creador de nuevo derecho, pero a su vez, la norma derivada de ese hecho, que ya no es hecho sino norma, es la fuente para la creación de un nuevo derecho de menor jerarquía o de grado inferior, en este sentido, concluye Kelsen que la positividad del derecho, está

constituido por una jerarquía de actos de individualización, o sea, una cadena de creaciones sucesivas.⁵³

Podemos materializar la jerarquía normativa desde la perspectiva Kelseniana de la siguiente manera: el derecho está constituido por una cadena de creación jurídica, en donde toda norma está condicionada en cuanto a su validez, por otra norma de grado superior, la cual es en principio, la norma hipotética fundamental, ésta norma fundamental, viene a ser la Constitución en un sentido lógico-jurídico, la cual a su vez, tiene como elemento de su contenido a un hecho, el cual consiste en la Constitución positiva, es decir, aquella que nace cuando el legislador establece las reglas de creación de la legislación misma, y con la cual nacen las leyes y los reglamentos, éstas normas de carácter general, que toman su validez de la Constitución positiva, es decir, el *hecho* que emana de la Constitución como norma hipotética fundamental, Constitución positiva que es hecho frente a la Constitución en sentido lógico-jurídico, pero que a su vez es norma frente a las leyes y reglamentos, pero éstas leyes y reglamentos a su vez sirven de fundamento para la creación de otras normas de menor grado, es decir, de normas individualizadas, como pueden ser la sentencias de los jueces. En éste sentido podemos resumir:

1. Norma hipotética fundamental, o sea, la Constitución en sentido lógico-jurídico. La cual tiene como elemento de su contenido a:
2. Normas que regulan la creación de la legislación, es decir, la Constitución en sentido jurídico-positivo, la cual es un hecho frente a la de arriba, pero norma creadora frente a las de abajo:
3. Normas de carácter general, verbigracia leyes y reglamentos, las cuales son derecho de menor grado, pero a su vez vuelven a constituir un hecho, contenido de la norma superior y simultáneamente se convierten en norma frente a:
4. Normas individualizadas, como son las sentencias de los jueces derivadas de la aplicación de las leyes.

⁵³ KELSEN, Hans, *Op. Cit.*, Págs. 325, 326 y 327.

En este sentido, cabe señalar que las normas de menor grado, vienen a ser las normas individualizadas, pues tanto las autoridades como los particulares creamos normas individualizadas cuando aplicamos al caso concreto normas generales, así por ejemplo, las autoridades ya judiciales o administrativas, crean normas particularizadas cuando aplican al caso concreto normas generales, las cuales están constituidas por sus sentencia o por sus resoluciones, los particulares creamos también esta clase de normas, ya como actos unilaterales, ya como acuerdos de voluntades, en el primer caso a través de los testamentos, en el segundo mediante los contratos.

Por otra parte, el maestro García Máynez, es sin lugar a dudas uno de los juristas mexicanos que más y mejor manejaba el pensamiento Kelseniano, en éste tenor, él parte para la explicación de la jerarquía normativa expuesta por Kelsen manifestando que “Dentro del orden estatal, la constitución, en sentido jurídico-positivo, es el peldaño más alto de la pirámide. Por constitución, en la acepción *material* de vocablo, Kelsen entiende la o las normas positivas por medio de las cuales se regula la creación de otras normas generales...Después de la constitución, en sentido jurídico-positivo, el peldaño inmediatamente inferior es el de las norma generales creadas consuetudinariamente o por vía legislativa....Las de índole abstracta (legislativas o consuetudinarias) deben ser aplicadas por órganos competentes, es decir, por las autoridades judiciales o administrativas. Ello exige que previamente se determine cuándo una persona ésta capacitada para el desempeño de esas tareas. Es necesario establecer, además, el procedimiento a que el ejercicio de tales funciones ha de quedar sometido. “La aplicación de una norma genérica a un caso concreto consiste en la creación de una norma individual, es decir, en la individualización (o concretización) de la genérica.”⁵⁴

Ahora bien, por lo que hace a la jerarquía de las normas en el caso concreto de nuestro país, resulta necesario señalar los siguientes aspectos relevantes. Desde mi punto de vista es muy claro el texto del artículo133 constitucional, en

⁵⁴ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, FILOSOFÍA DEL DERECHO, 12º edición, México, editorial Porrúa, 2000, Págs. 198 y 199.

cuanto a la supremacía de la Constitución en nuestro sistema jurídico, el texto del numeral cimero es del tenor literal siguiente: “ARTÍCULO 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”.

No obstante, la polémica de éste artículo cobra importancia cuando se plantea la pregunta de qué está por encima de qué, los tratados internacionales o las leyes emanadas del Congreso de la Unión.

Según los más recientes criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes emanadas del Congreso de la Unión, aún cuando de la literalidad del artículo 133 no se desprende tal situación. El proceso histórico que se ha seguido hasta la conformación actual de los criterios imperantes ha tenido una pluralidad de matices, desde aquellos que colocaban a los tratados al mismo nivel que las leyes del Congreso de la Unión, hasta los recientes que sostienen la supremacía de los primeros sobre las segundas, pero en ninguna de las tesis de nuestro máximo tribunal se cuestiona la supremacía de la Constitución sobre las leyes y los tratados internacionales.

Al respecto resulta interesante lo que comenta Mara Gómez Pérez, al sostener que existen cuatro criterios para determinar la jerarquía de un tratado internacional:⁵⁵ legal, supralegal, constitucional y supraconstitucional, es evidente lo que con los criterios antes anotados se quiere dar a entender, o sea, que un tratado puede tener la misma jerarquía que una ley, o bien, superior a ella, en su caso tener jerarquía constitucional e incluso superior a la Constitución.

Como se ha dicho, en México se han sostenido a lo largo de la historia varios criterios por nuestra Suprema Corte, desde aquellos que ponían a los tratados al mismo nivel que las leyes, hasta los más recientes que consagran un criterio

⁵⁵ GOMEZ PEREZ, Mara, LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SOBERANIA NACIONAL, México, editorial Porrúa, 2003, Pág. 25.

supralegal, en los términos antes fijados. Podemos resumir el proceso que se ha seguido, del modo siguiente:

1. Primera etapa. En la cual los tratados internacionales y las leyes del Congreso de la Unión tienen la misma jerarquía normativa.

TRATADOS INTERNACIONALES. EL ARTICULO 133 CONSTITUCIONAL, ULTIMA PARTE, NO ESTABLECE SU OBSERVANCIA PREFERENTE SOBRE LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNION EMANADAS DE LA CONSTITUCION FEDERAL.

La última parte del artículo 133 constitucional establece el principio de la supremacía de la Constitución Federal, de las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y de los tratados celebrados y que se celebren por el presidente de la República con aprobación del Senado, respecto de las constituciones y leyes de los Estados que forman la unión, y no la aplicación preferente de las disposiciones contenidas en los tratados respecto de lo dispuesto por las leyes del Congreso de la Unión que emanen de la Constitución Federal. Es pues, una regla de conflicto a que deben sujetarse las autoridades mexicanas, pero conforme a la misma no puede establecerse que los tratados sean de mayor obligación legal que las leyes del Congreso.⁵⁶

LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUIA NORMATIVA.

De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.⁵⁷

TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNION EMANADAS DE LA CONSTITUCION FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUIA.

El artículo 133 constitucional no establece preferencia alguna entre las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, puesto que el apuntado dispositivo legal no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si

⁵⁶ Registro No. 250697, Localización: Séptima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 151-156 Sexta Parte, Página: 195, Tesis Aislada, Materia(s): Administrativa, Constitucional.

⁵⁷ Registro No. 205596, Localización: Octava Época, Instancia: Pleno, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 60, Diciembre de 1992, Página: 27, Tesis: P. C/92, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional.

bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a éstos un rango superior a las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esa Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo.⁵⁸

2. Segunda etapa. Los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes del Congreso de la Unión.

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro Derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "...serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no estén expresamente

⁵⁸ Registro No. 250698, Localización: Séptima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 151-156 Sexta Parte, Página: 196, Tesis Aislada, Materia(s): Administrativa, Constitucional.

concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”. Sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.⁵⁹

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.⁶⁰

3 ¿Tercera etapa, Supremacía de los tratados sobre la Constitución?

A pesar del panorama previo, consideramos que hoy por hoy la supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales –como la representación más importante del derecho internacional- se encuentra en un terreno inestable, esto obedece básicamente al hecho de que los instrumentos internacionales han tomado cada vez mayor fuerza entre los países, siendo importantes y necesarios para estar en armonía con el entorno internacional, sobre todo los relativos a la protección de los derechos humanos. En éste contexto, nos atrevemos a sostener que sólo es cuestión de tiempo para que los criterios que nuestro máximo tribunal

⁵⁹ Novena Época,, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Noviembre de 1999, Tesis: P. LXXVII/99, Página 48.

⁶⁰ Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Abril de 2007, Tesis: P. IX/2007, Página 6.

sostiene sobre el tema, viren y reconozcan la supremacía del derecho internacional sobre el texto fundamental del país.

Las anteriores afirmaciones no carecen de sustento fáctico, sino por el contrario, la actividad de los organismos supranacionales derivados de los compromisos internacionales que se han celebrado, es precisamente la que nos conduce a realizar la tesis previamente planteada.

Bajo el contexto anterior, debemos señalar que en la actualidad las actuaciones de los órganos internacionales existentes, están dotados de una modernidad nunca antes vista en cuanto a los criterios sostenidos, tal es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano internacional surgido de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos⁶¹, conocida también como “Pacto de San José”, celebrada bajo el auspicio de la Organización de Estados Americanos (OEA), de la que México es parte, sin lugar a dudas es el órgano jurisdiccional que mayor relevancia tiene en el continente Americano y sus resoluciones están a la altura del papel que desempeña. Es precisamente en algunos de los casos resueltos por ésta Corte internacional en la cual nos fundamentamos para hacer las afirmaciones previamente sostenidas, pues en los casos “Barrios Altos” y “La última Tentación de Cristo”⁶² las resoluciones de la

⁶¹ La Convención Americana Sobre Derechos Humanos fue celebrada en San José de Costa Rica en el año de 1969, entrando en vigor en 1978, numerosos han sido los textos que en relación a la misma se han realizado, así como los relativos al tratamiento de los órganos derivados de éste tratado internacional, a saber, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contemplados ambos órganos en el artículo 33 de la Convención, la Comisión encuentra su reglamentación en los artículos 34 a 51 y la Corte en los numerales 52 a 69, todos del citado Pacto de San José. Nuestro país a la fecha ha reconocido la competencia de ambos órganos, y por sorprendente que parezca es uno de los países que menos recomendaciones ha recibido de la Comisión y menos asuntos ha tenido en la Corte. El caso más reciente de México en la Corte es el relativo a Jorge Castañeda, referente a la posible violación del derecho político de ser votado, aún cuando no haya sido propuesto por un Partido Político, o sea, una “candidatura independiente”, demanda que se interpuso ante la Corte Interamericana desde 2005. Por otra parte, una de las primeras recomendaciones que la Comisión realizó a nuestro país fue la derivada del denominado “Caso Gallardo”. *Cfr.*, NÚÑEZ PALACIOS, Susana, EL CASO GALLARDO EN LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en: CARRASCO GONZALEZ, Gonzalo, (coordinador), “PENSAR LOS DERECHOS HUMANOS. PROLEGOMENOS PARA UNA INVESTIGACION COLECTIVA”, México, editorial Universidad Autónoma Metropolitana, 2000, Págs. 47 a 62., para conocer los pormenores de éste caso.

⁶² Al respecto se puede consultar la obra de GOMEZ PEREZ, Mara, LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SOBERANIA NACIONAL, esencialmente en su capítulo primero, de la página 29 a la 41.

Corte han provocado la anulación de leyes nacionales, en el primer caso, e incluso la modificación de disposiciones constitucionales, en el segundo.

Derivado de lo anterior, resultan inmediatos una serie de cuestionamientos en torno a lo conveniente de éstas determinaciones, ¿se está violentando la soberanía de los Estados?, ¿las facultades de la Corte le permiten realizar pronunciamientos de tal magnitud?, ¿Un Estado puede rehusarse al acatamiento de las sentencias de la Corte?. Las respuestas a las anteriores interrogantes pueden ser innumerables, lo único cierto es que tales resoluciones se han dado, existen y se han acatado, la práctica internacional ha adquirido matices de una supraconstitucionalidad de los tratados internacionales, sobre todo cuando su contenido versa sobre la consagración o tutela de los derechos humanos.

Aclaremos que los pronunciamientos antes vertidos son hasta el momento meras especulaciones, con fundamento si se quiere, pero especulaciones al fin, pues a la fecha, la supremacía de la Constitución sobre cualquier cuerpo normativo es aceptada casi axiomáticamente y si bien el criterio hasta ahora sostenido parece inquebrantable, sólo el tiempo y la dinámica internacional se encargarán de revertirlo, proceso que, sin embargo, parece más tardío que próximo.

Adjuntas a las anteriores consideraciones debemos señalar que la propia Suprema Corte en algunas de sus publicaciones reconoce ya que la posibilidad arriba planteada se puede dar, al sostener que: “Más aún, ésta perspectiva también alcanza a los tribunales internacionales, que al asegurar la conformidad de las constituciones nacionales con ciertos tratados y convenios, emiten fallos que pueden modificar la legislación interna (*constitucional* y ordinaria).”⁶³ (Las cursivas son nuestras), circunstancia que fortalece más nuestra teoría.

En éste contexto queda claramente definida la jerarquía normativa en nuestro sistema jurídico, colocándose la Constitución en la cúspide, seguida por

⁶³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, México, editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, Pág. 42.

los tratados internacionales y finalmente en un mismo nivel el Derecho federal y el de las entidades federativas.*

Antes de entrar al estudio pormenorizado de las diversas normas que conforman nuestro sistema jurídico, consideramos oportuno señalar que en el proyecto de reformas a la Ley de Amparo, erróneamente denominado “Nueva Ley de Amparo”⁶⁴, en su artículo 106, establece una jerarquización de normas, en cuanto a la procedencia del juicio de garantías, éste criterio propuesto en el proyecto mencionado consiste, en esencia, en lo siguiente:

1. Constitución;
2. Tratados internacionales;
3. Leyes federales;
4. Constituciones locales y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal;
5. Leyes locales;
6. Reglamentos Federales;
7. Reglamentos locales, y
8. Decretos, Acuerdos, y resoluciones de observancia general.

Para efectos de nuestra investigación y sin enclavarnos en mayores honduras, pues como ya hemos mencionado, no es la finalidad de la presente tesis resolver el problema que la jerarquía normativa representa, consideramos para efectos prácticos, y repito, sólo para efectos prácticos, concientes de las carencias y aspectos criticables que pueda tener, la siguiente propuesta:

1. Constitución;
2. Tratados internacionales;
3. Leyes;
4. Reglamentos;

* Es conveniente señalar que en el derecho federal y local, es decir, entre las leyes federales y las leyes locales hay también parámetros que nos permiten hacer una diferenciación jerárquica en las mismas, así por ejemplo, existen las llamadas “Leyes Constitucionales”, las cuales se colocan por encima de otras leyes también federales, estas “Leyes Constitucionales” son aquellas que reglamentan directamente algún precepto constitucional, por tanto es obvio señalar que por su contenido regulador del texto constitucional, extensión directa de la Constitución, su valor normativo es superior a otras leyes aunque también dimanen del Congreso de la Unión.

⁶⁴ *Cfr.* BURGOA ORIHUELA, Ignacio, ¿UNA NUEVA LEY DE AMPARO O LA RENOVACIÓN DE LA VIGENTE?, México, editorial Porrúa, 2001.

5. Decretos;
6. Acuerdos, y
7. Circulares.

1.6.1 LA CONSTITUCION.

Para evitar la prolongación excesiva de éste capítulo -que creemos es ya bastante extenso-, nos permitimos remitir al lector al inicio de ésta investigación, en donde tratamos de manera amplia y detallada, las diversas definiciones de varios autores acerca de lo que es una Constitución. En éste contexto, sólo nos quedan por analizar algunos aspectos importantes, como es el procedimiento para la reforma constitucional, pues consideramos que ya ha quedado claro que la Constitución es la Ley Suprema de nuestro país, además, su definición, criterios de clasificación, así como su rigidez en cuanto a su reforma, etcétera.

Consagrado en el artículo 135 de la Constitución el procedimiento para su reforma, se desprende del mismo lo siguiente: “ARTÍCULO 135. 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 de los individuos presentes, acuerden 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 o reformas.”

Como podemos apreciar claramente, el procedimiento para reformar nuestra Constitución nos hace concluir que -siguiendo los criterios clasificadores analizados en su momento- nuestra Ley Fundamental es rígida, pues éste procedimiento de reforma es diferente al procedimiento que se sigue para reformar a las demás leyes ordinarias, además como lo señalaba Maurice Duverger hay grados de rigidez, pues éste procedimiento especial puede ser más o menos diferente al procedimiento legislativo ordinario, por ejemplo, si existe la necesidad de convocar a una asamblea especial para revisar la Constitución, o bien, realizar un referéndum para aprobar la revisión constitucional realizada por el Parlamento, o pedir mayorías especiales en el Parlamento para votar dicha revisión, como

acontece en nuestro país, o tal vez modalidades especiales de iniciativa y de redacción de los textos que conlleven una revisión, etcétera, por tanto, la rigidez puede ser mayor o menor.

1.6.2 LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Los tratados internacionales han adquirido actualmente una importancia considerable en todos los sistemas jurídicos, no podemos concebir en el actual entorno global, Estado que no sea parte en alguno de estos instrumentos jurídicos de carácter internacional, ya que esto significaría no sólo su exclusión en temas importantes, sino que se vería reflejado en un atraso en cuanto a su desarrollo económico y competitivo respecto de otras naciones. Los tratados internacionales juegan un papel importante en el desarrollo de un país, por ello la importancia de los mismos. Iniciemos éste apartado definiendo al tratado internacional.

Para Max Sorensen “el tratado es cualquier acuerdo internacional que celebran dos o más Estados u otras personas internacionales, y que está regido por el derecho internacional.”⁶⁵

Por su parte el jurista austriaco Hans Kelsen señala que “Un tratado es un acuerdo concertado normalmente por dos o más Estados conforme al derecho internacional general”.

El maestro Carlos Arellano García nos proporciona un definición de tratado internacional amplia y por tanto muy completa, este autor aduce que: “*El tratado internacional es el acto jurídico regido por el Derecho Internacional que entraña el acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de la comunidad internacional, principalmente Estados, con la intención lícita de crear, transferir, modificar, extinguir, conservar, aclarar, certificar, detallar, etcétera, derechos y obligaciones.*”⁶⁶

⁶⁵ SORENSEN Max, MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, México, editorial Fondo de Cultura Económica, 1973, Págs. 155 y 156, Apud en: ARELLANO GARCÍA Carlos, DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, 3º edición, México, editorial Porrúa, 1997, Pág. 627.

⁶⁶ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Op. Cit.*, Pág. 632.

Para el maestro César Sepúlveda los tratados internacionales “Pueden definirse, en sentido amplio, como los acuerdos entre dos o mas Estados soberanos para crear, para modificar o para extinguir una relación jurídica entre ellos.”⁶⁷

El autor español Antonio Remiro Brotons dice que: “En un sentido amplio, podemos entender por *tratado la manifestación por escrito de voluntades concordantes imputables a dos o más sujetos de Derecho Internacional de la que derivan obligaciones y derechos para las partes según las reglas del Derecho Internacional.*”⁶⁸

De las definiciones de “Tratado Internacional” que nos proporcionan Sorensen, Arellano García y Remiro Brotons, podemos distinguir claramente que los autores citados hacen alusión no solamente a Estados, sino en general, a *personas internacionales* según el primero, *sujetos de la comunidad internacional* para el segundo, y sujetos de *Derecho Internacional* para el último, esto nos conduce a señalar que los tratados internacionales no solamente pueden ser celebrados por los Estados, sino en general por cualquier sujeto de Derecho Internacional, como pueden ser algunos organismos internacionales, verbigracia, la Unión Europea, la cual es un organismo internacional, una persona de Derecho Internacional, que puede celebrar –y de hecho lo hace- tratados internacionales, e incluso, éste sujeto de Derecho Internacional, ha implementado un control previo de revisión de los tratados internacionales que celebra, para ver si son compatibles con su acta constitutiva, que sería el equivalente a la Constitución de un Estado.⁶⁹

Cabe señalar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y nuestra Ley Sobre la Celebración de tratados, definen también al tratado internacional.

La Ley Sobre la Celebración de Tratados en su artículo 2 establece:

⁶⁷ SEPÚLVEDA, César, DERECHO INTERNACIONAL, 23ª edición, México, editorial Porrúa, 2002, Pág. 124.

⁶⁸ REMIRO BROTONS, Antonio, DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. (TOMO II. DERECHO DE LOS TRATADOS), España, editorial Tecnos, 1987, Pág. 29.

⁶⁹ Vid. *Infra.*, Capítulo III, en donde examinamos el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales en el derecho comparado.

“ARTÍCULO 2. Para los efectos de esta ley se entenderá por:

1. Tratado: el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre 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 asuman compromisos, de conformidad con la fracción primera del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos los tratados deberán ser aprobados por el Senado y la Ley Suprema de toda la Unión cuando estén de acuerdo con la misma, en los términos del artículo 133 de la propia Constitución.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala en su artículo segundo la definición de tratado internacional, la cual es del siguiente tenor:

“Artículo 2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención:

a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un escrito único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

De la definición anterior podemos destacar cuatro cuestiones:

1. En primer lugar, de la literalidad de la definición citada, la Convención de Viena no contempla los tratados verbales, como la usanza en otrora, cuando inclusive se les llamaba *acuerdo o pacto entre caballeros*.
2. La segunda cuestión importante radica en el hecho de que la Convención sólo prevé los tratados internacionales que se celebren entre Estados.
3. El tratado internacional puede constar en uno o más instrumentos.
4. Será tratado internacional, cuando cumpla las características señaladas en el artículo en comento, independientemente de la denominación que se le de.*

Por lo que respecta a los dos primeros puntos podemos argumentar que “Esta definición excluye, en consecuencia, los tratados orales. La seguridad del orden jurídico internacional no acepta actualmente los tratados verbales, sino

* Se les puede denominar a los tratados internacionales: convenciones, convenios, acuerdos, cartas, actas, ajustes, compromisos, concordatos, *modus vivendi*, pactos, estatutos, protocolos, declaraciones, arreglos, memorandums, minutas aprobadas, canjes de notas, programas de acción conjunta, etcétera.

escritos, solemnes, regidos por el derecho internacional y el propio derecho interno de cada Estado.”⁷⁰

A pesar de lo anterior, suscribimos los comentarios de Manuel Diez de Velasco, en el sentido de que: “Lo anteriormente dicho no quiere decir que no puedan existir Acuerdos Internacionales con características distintas a las contempladas en la Convención. El propio art. 3 de la misma señala que no afecta el valor jurídico de otros acuerdos el hecho de que no se aplique la Convención a los siguiente:

- 1) Los celebrados entre Estados y otros sujetos de D.I.
- 2) A los no celebrados por escrito...

También es necesario puntualizar que la practica internacional confirma que no es necesaria la forma escrita para la existencia de un acuerdo obligatorio entre las partes. El D.I. no exige unas formas rígidas –existe una gran variedad de formas-. Y es posible incluso la utilización de la forma verbal.”⁷¹

Como podemos observar, hay unanimidad en señalar a los tratados internacionales como acuerdos de voluntades, principalmente entre Estados, regidos estos acuerdos por el Derecho Internacional y que tienden a regular las relaciones entre los Estados parte o Estados contratantes, según sea el caso.*

Por nuestra parte diremos que *los tratados internacionales son un acuerdo de voluntades entre Estados, Estados con otros sujetos de Derecho Internacional ó sujetos de Derecho Internacional entre si, por virtud del cual, se crean, transfieren, modifican o extinguen derechos u obligaciones, regidas éstas relaciones jurídicas por el Derecho internacional.*

Consideramos que la forma escrita no es un elemento necesario de los tratados, como lo afirma el maestro Brotons en su definición, pues como se ha

⁷⁰ CAMARGO, Pedro Pablo, TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL (TOMO I), Colombia, editorial Temis, 1983, Pág. 446.

⁷¹ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, INSTITUCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, 10ª edición, Madrid, editorial Tecnos, 1994, Pág.144.

* En la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se hace la distinción entre Estado parte y contratante, siendo Estado parte aquel que ha dado su consentimiento para obligarse por un tratado, que ya ha entrado en vigor; por otro lado, será Estado contratante el que ha consentido en obligarse por un tratado haya entrado en vigor o no.

visto, del contenido del artículo 3 de la Convención de Viena, se deriva la posibilidad de la existencia de los tratados aún cuando no consten por escrito.

Una consideración final que debemos hacer, y adhiriéndonos a los razonamientos del maestro Diez de Velasco, es que los acuerdos celebrados entre personas de naturaleza privada, no gubernamental, aún cuando sean de carácter internacionalista, no pueden ser catalogados como tratados internacionales.

Como características de los tratados internacionales podemos señalar las siguientes:

1. Son un acuerdo de voluntades entre Estados o sujetos de Derecho Internacional.
2. Pueden constar por escrito o no.
3. Pueden estar contenidos en un solo documento o en varios, siempre que sean conexos.
4. Pueden ser denominados de diversas maneras, siempre que cumplan las características que señala la Convención de Viena.
5. Serán regidos por el Derecho Internacional.

Las clasificaciones que de los tratados internacionales se han hecho son diversas, desde el número de partes que intervienen; pasando por la materia de que tratan; por las obligaciones que producen, etc., el maestro Diez de Velasco realiza una clasificación, incluso -a nuestro parecer- un tanto cuanto prolija, no obstante, resulta conveniente pues abarca casi todos los criterios clasificadores que puedan haber. La clasificación de Diez de Velasco⁷² es la siguiente:

1. Por el número de partes contratantes, los tratados pueden ser: bilaterales los celebrados entre dos Estados y plurilaterales o multilaterales los celebrados entre tres ó más Estados, estos a su vez pueden ser generales, que tienen una vocación internacionalista, y restringidos, en los cuales participan varios Estados, pero siempre un número limitado. Dentro de ésta clasificación también se engloban, según el autor citado, a los abiertos, cerrados y semicerrados, abiertos son aquellos en los cuales otros Estados pueden ser parte de un tratado, aún cuando no hayan participado en su proceso de creación, y cerrados, son aquellos

⁷² DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Op. Cit.*, Pág. 145 y 146.

que están restringidos a sus coparticipes originarios, y en caso de aceptar a otros Estados partes, se concertaría un nuevo acuerdo. Los semicerrados son aquellos en los cuales los Estado que pueden ser partes de un tratado en el futuro, se encuentran enlistados en un documento anexo al tratado mismo.

2. Según la materia u objeto del tratado, como pueden ser de carácter Político, Económico, Cultural, Humanitario, Consulares, de Establecimiento, etcétera. En éste sentido el maestro Pedro Pablo Camargo⁷³ distingue las siguientes categorías: 1) tratados políticos; 2) tratados jurídicos; 3) tratados de alianza; 4) tratados de garantía y protección; 5) tratados de neutralidad; 6) tratados económicos; 7) tratados culturales; 8) tratados militares; 9) tratados de integración económica; 10) tratados de límites.

3. Por las obligaciones que crean, verbigracia, de prestaciones ó para la creación de una norma, clasificación que en otro tiempo, autores como Triepel -del que hablaremos más adelante- llamaron tratados-contrato y tratados-ley, respectivamente.

4. Por la naturaleza de los sujetos que participan, ya sean Estados, u otros sujetos de Derecho Internacional.

5. Por la duración de los tratados, se clasifican en tratados de duración determinada, indeterminada y de prorroga.

6. Según la formalidad en su extinción o terminación, los tratados son de forma solemne de terminación, o forma simplificada de terminación.

Finalmente nos queda hablar del proceso de creación de los tratados internacionales, situación que forma una de las partes esenciales de nuestra investigación, pues del análisis del proceso de formación de un tratado, depende la ubicación de la etapa, en la cual se puede llevar a cabo el estudio previo de su constitucionalidad, no obstante, en el presente apartado nos limitaremos a describir su proceso creativo, sin adelantarnos a nuestras propuestas, pues ésta situación será examinada a detalle en el capítulo final de nuestra obra.

En el tenor anterior cabe decir que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, establece las reglas para la formación de

⁷³ CAMARGO, Pedro Pablo, *Op. Cit.*, Págs. 449, 450 y 451.

un tratado internacional, en el ámbito interno existe la Ley Sobre la Celebración de Tratados, que consagra algunos lineamientos generales, pero es en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en donde encontramos las bases y principios esenciales, fundamentalmente en los artículos 133, 89, fracción X, y 76, fracción I, los cuales a la letra dicen:

“ARTÍCULO 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y **todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado**, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones y leyes de los Estados.”

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

...X. Dirigir la política exterior y **celebrar tratados internacionales...sometiéndolos a la aprobación del Senado...**”

“ARTÍCULO 76. Son facultades exclusivas del Senado:

I...**aprobar los tratados internacionales** y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba...”

De los numerales cimeros invocados podemos destacar que: a) los tratados internacionales sólo podrán ser celebrados por el Presidente de la República; b) los cuales deberán ser aprobados por el Senado, c) después de ello, se debe manifestar el consentimiento del Estado mexicano en obligarse a un tratado y d) finalmente publicar éste último en el Diario Oficial de la Federación. (Los pasos c) y d) apuntados, no se señalan en la Constitución, si no en la Convención de Viena y en la Ley Sobre la Celebración de Tratados, respectivamente).

En el párrafo inmediato anterior se señalaron a groso modo las etapas en la formación de un tratado internacional según los lineamientos a seguir en nuestro país, explicación que necesariamente tenemos que hacer desde una arista más amplia y meramente internacionalista, al respecto, varios autores han realizado estudios que constituyen una narrativa general de los procesos de creación de un tratado internacional, sin aspectos nacionales, sino meramente desde una óptica global.

De los autores que sobre ésta materia han escrito, el autor que a nuestro parecer expone y explica con mayor claridad el proceso de formación de un tratado internacional es Antonio Remiro Brotons, pues además de dar una muestra

de su experiencia en la materia, se apega con rigor a las disposiciones de la Convención de Viena, de modo que al presentar la exposición de Brotons, también explicamos el contenido de la Convención, enriqueceremos las explicaciones referidas, adaptando éste proceso de formación al caso mexicano.

Pero antes de ello, consideramos necesario hacer una breve referencia a algunos de los principios que el derecho internacional ha fijado para la celebración de los tratados internacionales, principios éstos, que han sido trasladados del derecho civil y que rigen también para los acuerdos de voluntades entre particulares, estos fundamentos son el de la *buena fe*, que debe ser observada sobre todo en la negociación y el de *pacta sunt servanda*, que debe ser advertido principalmente en lo relativo a las consecuencias de un tratado y al cumplimiento de lo que en él se ha estipulado.

Cabe señalar que la doctrina es también abundante sobre éste tema, pues sus raíces las encontramos en el derecho civil, pero sería prolijo hacer un estudio pormenorizado de tales principios, por ello nos limitaremos al estudio de éstos desde una arista estrictamente internacional. Así las cosas, podemos señalar que en derecho internacional “La expresión latina *bona fide* se utiliza en su versión o traducida a diversos idiomas, en castellano buena fe, para indicar espíritu de lealtad, de respeto al derecho, y de fidelidad, es decir, como ausencia de simulación, de dolo, en las relaciones entre dos o más partes en un acto jurídico. En la interpretación y ejecución de las obligaciones internacionales significa fidelidad a los compromisos, sin pretender acrecentarlos o disminuirlos...Asimismo, en el derecho de los tratados, el cumplimiento de los tratados está sujeto a la obligación mutua de la buena fe de los Estados contratantes. Este principio se aplica también a la interpretación de los tratados, y se interpreta como una violación al mismo, cuando un Estado se vale de una pretendida ambigüedad en el tratado para alegar que tal cosa no fue intención de los negociadores del instrumento internacional.”⁷⁴

⁷⁴ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO (A-CH), 13ª edición, México, editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, Págs. 362 y 363, (TOMO I).

Por otra parte Brotons manifiesta que: “La negociación ha de llevarse, en todo caso, de acuerdo con el principio de la *buena fe*, uno de los principios básicos, como ha señalado el Tribunal Internacional de Justicia...que presiden la creación y ejecución de las obligaciones jurídicas, sea cual sea su fuente. El respeto de éste principio es incompatible, evidentemente, con un comportamiento fraudulento y, en este sentido, causa de nulidad como el dolo o la corrupción del representante de un Estado (arts. 49 y 50 de la C. de V.) vienen a sancionar manifestaciones cualificadas de mala fe una vez que han sido aprobadas. Más difícil es, sin embargo, sentar las consecuencias jurídicas de una *buena fe* que, buscando su identidad más allá de la mera ausencia de su contraria, suponga confianza recíproca y cooperación de los negociadores para llegar a un acuerdo; el esfuerzo...por comprender lo mejor posible las posiciones y argumentos de la otra parte, la consideración...de los intereses ajenos.”⁷⁵

Por lo que respecta al principio de *pacta sunt servanda*, deriva de un “Aforismo latino con el que se formula un principio general del derecho, básico en el ámbito contractual o negocial, cual es el de que lo pactado debe ser cumplido, cualquiera que sea la forma de establecimiento de la obligación.”⁷⁶

Conforme a lo anterior, el principio analizado hace referencia al compromiso de los Estados contratantes, de cumplir con las obligaciones adquiridas en virtud de un tratado internacional, sin importar los términos ni las condiciones bajo las cuales se hubieren contraído tales deberes.

En el plano internacional e íntimamente relacionado con la tesis sustentada en éste trabajo, el análisis previo de la constitucionalidad de un tratado internacional no lesiona ni atenta contra los principios aquí estudiados, sino por el contrario, tiende a su respeto, a su consolidación y a su fortalecimiento, en éste contexto, resultan acordes las palabras de R. Canosa en el sentido de que “Este control previo de constitucionalidad de los tratados prueba, internamente, la supremacía de la Constitución y en la esfera intencional (sic), permite al Estado

⁷⁵ REMIRO BROTONS, Antonio, *Op. Cit.*, Pág. 75.

⁷⁶ BUENAVENTURA PELLISÉ, Prats (Director), NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, Barcelona, editorial Francisco Seix, 1986, Pág. 722, (TOMO XVIII).

cumplir las obligaciones a las que se compromete en el tratado (principio *pacta sunt servanda*).⁷⁷

Ahora bien, por lo que respecta a las etapas a seguir en la conformación de un compromiso supranacional, Antonio Remiro Brotons⁷⁸ opina que la integración de un tratado internacional pasa por dos grandes etapas:

1. La fase inicial, y
2. La fase final.

La fase inicial. En ésta los Estados se llaman negociadores, se integra a su vez por tres sub-etapas, a saber:

- a) la negociación;
- b) la adopción, y
- c) la autenticación.

La fase final. Los estados ya no son negociadores, sino contratantes, se subdivide en dos partes:

- a) la manifestación de la voluntad, y
- b) el perfeccionamiento de la manifestación de la voluntad.

1. La fase inicial. Por lo que respecta a la primera fase, como ya hemos señalado, se compone por tres etapas, la negociación, la adopción y la autenticación.

a) La negociación. Es aquel acto jurídico por virtud del cual los Estados negociadores discuten, proponiendo y haciendo saber sus posturas para la formación de un tratado internacional, es decir, la discusión sobre el contenido del clausulado del tratado.

b) La adopción. La negociación, cuando es favorable, necesariamente tiene que desembocar en un acto posterior, que es la adopción, entendiendo por tal, al acto jurídico por el cual los Estado negociadores acuerdan y aprueban la redacción de un tratado internacional. Esta adopción puede ser, según nuestro autor, por unanimidad, la cual generalmente se da en los tratados bilaterales, o por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, como lo establece la

⁷⁷ CANOSA USERA, R., TRATADO INTERNACIONAL, en: LUCAS VERDÚ, Pablo (Compilador), "PRONTUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL", Granada, editorial Comares, 1996, Pág. 413.

⁷⁸ REMIRO BROTONS, Antonio, *Op. Cit.*, Págs. 69 a 112.

propia convención, situación que se da generalmente en los tratados multilaterales.

c) La parte final de la primera etapa de formación de un compromiso internacional, está constituida por la autenticación, acto jurídico por medio del cual los Estados certifican que el texto de un tratado internacional es correcto, auténtico y lo establecen en forma definitiva. La autenticación puede darse de tres maneras: *i)* la rúbrica; *ii)* la *firma ad referendum*, y *iii)* la firma, en su sentido tradicional.

i) La rúbrica. Esta es una firma abreviada, en la cual se plasman las iniciales del otorgante, se utiliza sobre todo cuando la adopción de un tratado se condiciona al comedimiento del gobierno de un Estado, interrumpiendo la negociación hasta en tanto se lleve a cabo dicha evaluación.

ii) La firma *ad referendum*. Es una firma que esta sujeta a confirmación, es utilizada generalmente cuando el representante de un Estado carece de facultades suficientes para firmar la autorización requerida.

iii). La firma*. En este caso se hace alusión a la firma propiamente dicha, un signo distintivo que vincula a una persona con un acto, es un elemento volitivo. La firma se puede llevar a cabo en tres momentos:

- a. Inmediatamente después del cierre de la negociación y de la adopción del tratado;
- b. En una fecha posterior, fijada para tal efecto, y

* Sobre la firma como medio de autenticación de un tratado internacional, surgen determinados problemas vinculados con nuestra propuesta del control previo, sobre todo en lo referente al momento en que este medio de control se debe llevar a cabo, pues como dice el maestro Remiro Brotons, "...la *firma* de un tratado se significa, en efecto, como una promesa mas firme que cualquier otra de acabar consintiendo en él, particularmente cuando ha sido precedida de rúbrica o de la firma del Acta final de la Conferencia que lo consigna, suficientes ya a los fines estrictamente autenticatorios." Si bien es cierto que la firma como forma de autenticación podría ser un indicio del futuro consentimiento para obligarse a un tratado, pero si después y en caso de que antes de manifestar el consentimiento, haya una negativa del Estado negociador para obligarse a un tratado cuyo texto ha autenticado previamente, se podría entender como un compromiso no cumplido por un Estado, no obstante, hacemos nuestras las palabras de Fitzmaurice –citado por Brotons- "...de conceptualizar, por encima de la autenticación, el escalón de la *conclusión* vinculado al acto de la firma: con la conclusión, con la firma, venía a decir el especialista británico, los Estados no se limitan a decir, "este es el texto que hemos fijado y cuya exactitud certificamos", sino que dicen, además, "***éste es el texto que estamos dispuestos a reconocer como obligatorio si es que llegamos a obligarnos***". (Las negritas son nuestras). Estas cuestiones serán examinadas con mayor detenimiento en el capítulo final de nuestra tesis.

- c. Dejando el tratado abierto a firma, en un lugar determinado, ya sea indefinidamente o con fijación de fecha.

En el caso de nuestro país, al terminar ésta primera etapa con la autenticación, se sigue el procedimiento interno, por medio del cual el Ejecutivo hará llegar el texto del tratado al Senado, para que éste lo apruebe, en caso de aprobarse se pasará a la etapa final, que a continuación se describe.

2. La fase final. Esta se compone por dos etapas, la manifestación de la voluntad y el perfeccionamiento de la misma.

a). La manifestación de la voluntad es la exteriorización del consentimiento que conduce a la obligatoriedad de un tratado internacional. La manifestación de la voluntad puede ser de las siguientes formas:

i). La ratificación. Es el medio de manifestación de la voluntad por antonomasia, en el caso concreto de nuestro país, es el medio que se utiliza, como lo manifiesta el internacionalista mexicano César Sepúlveda: "...se procede a las etapas finales de la ratificación, o sea, la hechura de un instrumento en donde aparece el texto del tratado, la anotación de que ha sido aprobado por los órganos encargados y de la declaración del jefe de Estado de que se ratifica el tratado. En México se usa la forma:

"En tal virtud, yo,....., Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, en uso de la facultad que me confiere la fracción 10 del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ratifico y confirmo el citado tratado y, prometo, en nombre de la nación mexicana cumplirlo y observarlo y hacer que se cumpla y observe."

Sobreviene después el llamado intercambio de ratificaciones, en el lugar que se ha prefijado en el pacto.⁷⁹

ii). La confirmación formal. Este medio de manifestación de la voluntad es taxativo de organismos de carácter internacional.

iii). La firma. Debemos distinguirla de la firma como forma de autenticación.

iv). El canje de instrumentos, propia de los tratados bilaterales.

v). La adhesión, operante en los tratados multilaterales.

vi). La aprobación, y

⁷⁹ SEPÚLVEDA, César, *Op. Cit.*, Pág. 132.

vii). La aceptación.

Estas dos últimas formas genéricas, son compatibles con cualquier sistema, a tal grado que Brotons las llama “formas *todo terreno* o *multiuso*”.

b). El perfeccionamiento de la manifestación de la voluntad. Mediante éste último acto, los estados contratantes dan constancia en el plano internacional de su consentimiento en obligarse al tratado, es, en otras palabras, el acto mediante el cual se notifica o se hace saber a las otras partes contratantes su consentimiento en obligarse al tratado internacional. Estas formas pueden ser de tres tipos:

i). El canje de instrumentos en donde consta su voluntad de obligarse. Esta forma es utilizada generalmente en tratados bilaterales, y es el medio por el cual los Estados dejan constancia de su manifestación del consentimiento ante los otros contratantes.

ii). El depósito de los respectivos instrumentos donde consta el consentimiento, tiene cabida en los tratados multilaterales.

iii). La notificación. Esta forma de perfeccionamiento de la voluntad, se utiliza solo en aquellos casos en que así se hubiere convenido, se diferencia de las anteriores formas, en cuanto que aquellas no se notifican de manera directa, además, cuando en un tratado no se contemplan el canje o el depósito, o sea, se prescinde de ellos, es cuando se utiliza la notificación, por ello Remiro Brotons la concibe como una “forma residual”. Es conveniente señalar que la notificación se entenderá hecha, cuando sea recibida por el otro u otros Estados o entidades contratantes.

Una vez que la manifestación de la voluntad del Estado mexicano se perfecciona, podríamos decir que termina el proceso de formación del tratado en un ámbito internacional, al dar constancia de nuestro consentimiento a los otros Estados contratantes. No obstante lo anterior, en un plano interno, faltan dos requisitos más, éstos son el refrendo –del Secretario de Gobernación- y la publicación del tratado en el Diario Oficial de la Federación, como se desprende de la Ley Sobre la Celebración de Tratados que dispone en su artículo 4º, párrafo segundo:

“Los tratados para ser obligatorios en el territorio nacional deberán haber sido publicados previamente en el *Diario Oficial de la Federación*.”

El maestro Sepúlveda ejemplifica este acto manifestando que: “La promulgación, o publicación, es el medio por el cual el tratado se hace conocer a los habitantes del país, pero esto es un hecho poco relevante en cuanto a su validez o a su entrada en vigor. En México se sigue una fórmula semejante a la de las leyes, por lo que equívocamente se piensa que lo son y que proceden los recursos constitucionales contra leyes internas. Ella dice comúnmente:

“En cumplimiento a lo dispuesto por la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para su debida publicación y observancia, expido el presente decreto en la Residencia del Poder Ejecutivo Federal, en México, Distrito Federal a los...”

y aparece en el *Diario Oficial*, al final del texto del tratado y de las notas sobre ratificación y aprobación.”⁸⁰

1.6.3 LA LEY.

En términos generales la palabra “ley” evoca un sinnúmero de acepciones que no se limitan al campo jurídico, no obstante, para efectos de nuestro estudio, plasmaremos sólo algunas nociones jurídicas que nos ayudarán a comprender el significado de ésta palabra.

En éste contexto, el maestro Andrés Serra Rojas dice que: “La Ley es una disposición o mandato imperativo, de carácter general, imperativo y permanente, provista de una sanción política, en materia de interés común; elaborada, promulgada y publicada por los órganos que tienen constitucionalmente atribuido el poder legislativo, federal o local según su competencia, e inspirados en propósitos de justicia social.”⁸¹

Es importante señalar que el maestro incurre en algunas inexactitudes, pues la ley no solo es una creación de los órganos legislativos, ya que en su proceso de creación concurren otros órganos estatales, como es el Ejecutivo, específicamente

⁸⁰ *Ibidem.*, Pág. 133

⁸¹ SERRA ROJAS, Andrés, DERECHO ADMINISTRATIVO, 23° edición, México, editorial Porrúa, 2002, Pág. 181.

en la promulgación y en la publicación de la ley, y como podemos notar claramente, el maestro atribuye estas últimas funciones al Poder Legislativo.

Por otro lado, el maestro Jorge Fernández Ruiz nos comenta que: “En el ámbito jurídico, se puede explicar la ley como la norma de conducta externa humana, general, abstracta, impersonal, obligatoria y coercitiva; en sentido formal, una norma de tales características será ley, si, y sólo si, es expedida por el órgano legislativo competente; en sentido material, no importa quien emita la norma, por lo que será ley todo ordenamiento jurídico expedido por órgano competente que regule la conducta externa humana con las características de generalidad, abstracción, impersonalidad, obligatoriedad y coercitividad.”⁸²

Resulta importante adminicular lo que el maestro Fernández Ruiz dice respecto de la ley en sentido formal, es decir, que una ley será ley, en cuanto emane del órgano legislativo competente, con el criterio de la Suprema Corte de nuestro país, que el maestro Serra Rojas nos proporciona en su obra antes citada, que reza: “*Para que una disposición dictada por el poder público, tenga carácter de ley, no solamente se necesita que sea de naturaleza general, abstracta y permanente, sino además, que emane del órgano constitucionalmente facultado.*”

El autor Ricardo Ojeda señala en términos muy similares al maestro Fernández Ruiz, que: “La ley, con independencia del órgano que la emite (criterio formal) o de la naturaleza del acto en el cual se concreta y exterioriza (criterio material), es toda disposición jurídica de carácter obligatorio, general, abstracto e impersonal, que trata sobre materias de interés común, cualquiera que sea la denominación que se le dé.”⁸³

El tratadista argentino Agustín Gordillo argumenta que: “...para atenerse exclusivamente al aspecto *formal*, y así es como se dice que “ley” es todo acto sancionado por el Poder Legislativo de acuerdo con el procedimiento previsto por

⁸² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, DERECHO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, México, editorial Porrúa, UNAM, 2006, Pág. 188.

⁸³ OJEDA BOHÓRQUEZ, Ricardo, EL AMPARO CONTRA NORMAS CON EFECTOS GENERALES, México, editorial Porrúa, 2001, Pág. 57.

la Constitución a tal efecto.”⁸⁴, nótese que viene a confirmar la distinción hecha por los tratadistas mexicanos, en cuanto a la ley en su sentido formal y material.

En términos generales, resulta importante destacar a la ley en su sentido material, independientemente del órgano del cual emane, atendiendo tan sólo a los efectos que produzca y al grado de afectación que pueda producir en la esfera jurídica de los gobernados, tan es así, que dentro de la denominación “ley”, se pueden englobar a todas las disposiciones que en nuestra jerarquía normativa hemos enlistado, tales como los propios tratados internacionales, los reglamentos, los decretos y aún los acuerdos y las circulares, como más adelante veremos, esto es así, porque resulta más fácil comprender a la ley, no como un acto meramente legislativo, sino como un acto que produce y regula situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales, y por tanto, cualquier acto que participe de estas características va a ser susceptible de un control de la constitucionalidad.

Podemos observar que en la mayoría de las definiciones apuntadas sobresalen como características de la ley, su carácter general, abstracto, impersonal, coercitivo y su obligatoriedad, no obstante lo anterior, la doctrina clásica sostiene que las características de una ley son: la abstracción, la generalidad y la impersonalidad.

La generalidad e impersonalidad significan que “la ley jurídica no está destinada a regular la conducta o actuación de un sujeto específico, si no a un universo de personas...Dada su abstracción, la ley regula de idéntica manera cuanto caso conlleve la realización de su supuesto normativo...Merced a su obligatoriedad, la ley habrá de ser cumplida por cuanto sujeto actualice el supuesto normativo en ella previsto. Gracias a su coercitividad, la ley habrá de cumplirse con, sin y aún contra la voluntad del sujeto o sujetos a quienes les resulta obligación a su cargo en los términos de la propia ley.”⁸⁵

“La generalidad de la norma debe estimarse en cuanto crea, modifica o extingue una situación jurídica en género, la abstracción e impersonalidad consiste

⁸⁴ GORDILLO, Agustín, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. TOMO I. PARTE GENERAL, 9º edición, México, editorial Porrúa, UNAM y Fundación de Derecho Administrativo de Buenos Aires, 2004, Págs. 190 y 191.

⁸⁵ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Op. Cit.*, Pág. 188.

en que no desaparece después de aplicarse a un caso previsto y determinado, sino que subsiste a tal aplicación y que no está dirigida a un individuo en lo particular, sino a tantos como a los que esté encaminada y se aplique a todos los que previene en tanto no sea abrogada.”⁸⁶

Una vez que ya conocemos el concepto de ley y las características de ésta, consideramos pertinente anotar algunas clasificaciones que de ella se han hecho, advirtiendo que hay tantas clasificaciones de la ley, como nociones sobre la misma, verbigracia, el autor argentino previamente citado Agustín Gordillo dice que las leyes pueden ser, locales y nacionales, y las nacionales a su vez se dividen en nacionales comunes y nacionales federales. Aunque ésta clasificación puede ser parecida a otras, se basa en un sistema diverso al nuestro, por tanto, creemos que para entrar al estudio de ésta parte, debemos basarnos en tratadistas mexicanos que expliquen las categorizaciones que de la ley hay, apegados a nuestra tradición jurídica.

Dicho lo anterior, el maestro Serra Rojas comenta que la leyes pueden ser: ley ordinaria, ley orgánica y ley reglamentaria de la Constitución. En éste tenor nuestro autor manifiesta: “...”ley orgánica de la Constitución”, se refiere a normas que estructuran o precisan una institución administrativa; en cuanto que la expresión “ley reglamentaria de un artículo de la constitución”, alude al desarrollo directo de ese precepto...debemos alejarnos de esa confusión terminológica...Lo más que puede admitirse, para no destruir la terminología, es considerar las leyes orgánicas y las reglamentarias como especies dentro del género *leyes ordinarias* y aplicar esas denominaciones a las normas que regulan la formación y funcionamiento de órganos del poder público o que concretan y desarrollan bases establecidas en la Constitución.”⁸⁷

Por su parte el maestro Fernández Ruiz expresa: “En razón de su denominación, las leyes pueden clasificarse en adjetivadas y no adjetivadas, así lo podemos comprobar en nuestro catálogo federal de ordenamientos legales, habida cuenta que solo algunos están adjetivados, de los cuales unos se califican

⁸⁶ OJEDA BOHÓRQUEZ, Ricardo, *Op. Cit.*, Pág. 54.

⁸⁷ SERRA ROJAS, Andrés, *DERECHO ADMINISTRATIVO, Op. Cit.*, Pág. 183.

de orgánicos: Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; otros, de reglamentarios: Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo de Petróleo; algunos más de federales: Código Federal Penal; sin faltar algunas absurdamente adjetivadas de generales: Ley General de Sociedades Mercantiles o Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.”⁸⁸

Una clasificación que los autores previamente citados olvidan, es la que se hace atendiendo al órgano del cual emana la ley, ya sea federal o local, en consecuencia, como un tercer criterio de clasificación podemos categorizar a las leyes en: federales y locales.

Finalmente, para concluir éste apartado, nos parece indispensable establecer el proceso de creación de la leyes en nuestro país, situación que se encuentra regulada en los artículos 71 y 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El primer punto que debemos resolver, es quienes están legitimados para iniciar leyes. Según el artículo 71 de la Constitución son:

- I. El Presidente de la República;
- II. Los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, y
- III. Las Legislaturas de los Estados.

A pesar de lo anterior, en términos de lo dispuesto por el artículo 122, Base Primera, inciso ñ) de la Ley Fundamental, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal también puede presentar iniciativas de leyes o decretos en materias relativas al Distrito Federal ante el Congreso de la Unión.

El procedimiento a seguir se desarrolla en el artículo 72 de nuestra Carta Magna, del cual se desprenden una serie de etapas que la doctrina ha enlistado en forma ya clásica de la siguiente manera:

- i. Iniciativa;
- ii. Discusión;
- iii. Aprobación;
- iv. Sanción;
- v. Promulgación;

⁸⁸ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Op. Cit.*, Pág. 189.

- vi. Publicación;
- vii. *Vacatio legis*, y
- viii. Entrada en vigencia de la ley o iniciación de la vigencia.

En una panorámica más actual, el maestro Fernández Ruiz en su magna obra “Poder Legislativo”, expone que: “Como todo procedimiento jurídico, el legislativo es, pues, un conjunto de actos metódicamente articulados con un propósito específico, como es, en la especie, la elaboración y expedición de las normas jurídicas; tales actos no se realizan simultáneamente, sino por etapas, las que en opinión de quien esto escribe son: iniciativa, dictamen, discusión, aprobación, promulgación e iniciación de la vigencia.”⁸⁹

En síntesis, el desarrollo del procedimiento legislativo se encuentra perfectamente articulado en el numeral 72 del texto constitucional, que de manera sucinta consagra tres hipótesis según nuestro parecer:

- a) Un procedimiento ideal.
- b) Un procedimiento con observaciones del Ejecutivo.
- c) Un procedimiento con observaciones de la Cámara revisora.

a) Una vez que se haya presentado alguna *iniciativa* de ley o decreto por los órganos mencionados anteriormente, ante cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión, se iniciará su *discusión* en ella, salvo cuando se traten de proyectos de ley que versen sobre empréstitos, contribuciones, impuestos o reclutamiento de tropas, pues estos asuntos deberán discutirse primero en la Cámara de los Diputados (Fracción H del artículo 72 constitucional), a la Cámara que primeramente reciba la iniciativa se le denominará Cámara de origen. Discutido y *aprobado* el proyecto en la Cámara de origen, se pasará a la otra Cámara, que será la revisora, y si ésta lo *aprobare* también, remitirá el proyecto al Ejecutivo, si éste no tuviere *observaciones* que hacer, lo *publicará* inmediatamente. (Fracción A del artículo 72 de la Constitución). Se entiende que el Poder Ejecutivo no tiene observaciones que hacer, cuando en diez días hábiles –

⁸⁹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, PODER LEGISLATIVO, México, editorial Porrúa y UNAM, 2003, Págs. 428 y 429.

la Constitución dice *días útiles*- no regresa el proyecto con observaciones a la Cámara de su origen. (Fracción B del artículo 72 de la ley fundamental).

b) En caso de que el Presidente haga uso de esa facultad, denominada erróneamente por algunos como el “derecho de veto”, devolverá con observaciones el proyecto -ya en todo ó solo en una parte del mismo- a la Cámara de su origen, el cual será nuevamente discutido, y si fuese aprobado por las dos terceras partes del número total de votos, se turnará de nuevo a la Cámara revisora, si ésta lo aprueba por la misma mayoría, se turnará otra vez al Ejecutivo para su promulgación y ulterior publicación. (Fracción C del numeral cimero invocado.) En éste caso el Ejecutivo ya no podrá hacer nuevas observaciones.

c) Otra hipótesis se plantea cuando las observaciones no provienen del Ejecutivo, si no de la Cámara revisora, en éste supuesto la Constitución dispone que cuando un proyecto de ley o decreto fuese desechado total o parcialmente por la Cámara de revisión, lo devolverá a la Cámara primigenia con las observaciones correspondientes, ésta analizará dichas observaciones, y si después del examen lo aprueba por mayoría absoluta, lo mandará a la Cámara revisora, si en ésta se aprueba por la misma mayoría, lo pasará al Ejecutivo para su promulgación y publicación, o en su caso para su devolución con observaciones, pero si por el contrario, la Cámara de revisión vuelve a desechar el proyecto, éste no podrá ser presentado nuevamente en el mismo periodo de sesiones. (Fracción D del artículo constitucional citado).

Si el proyecto fuese desechado parcialmente, adicionado o modificado por la Cámara revisora, lo mandará a la Cámara de origen, la cual examinará solamente las modificaciones respectivas, sin poder variar el contenido de los preceptos ya aprobados, si las adiciones o modificaciones son aprobados por mayoría absoluta de los miembros presentes en la Cámara, se mandará al Ejecutivo para su promulgación y publicación, o en su caso para su devolución con observaciones.

En el caso de que las modificaciones de la Cámara revisora fueran reprobadas por mayoría de votos en la de origen, mandará el proyecto de ley o decreto a la revisora, si ésta por la misma mayoría insiste en su postura primigenia, enviará al Ejecutivo la parte del proyecto que hubiese sido aprobado

por las dos Cámaras, para que éste la promulgue y ordene su publicación, o en su caso haga las observaciones pertinentes.

Cuando la Cámara de revisión del proyecto insiste por mayoría en las modificaciones hechas, el proyecto no podrá ser presentado por segunda ocasión en ese periodo de sesiones, a menos que ambas Cámaras acordaren por mayoría de sus miembros, aprobar la ley o decreto con los artículos aprobados por ambas, y reservar la discusión y en su caso aprobación de las modificaciones para los ulteriores periodos de sesiones. (Fracción E del artículo 72 de la Constitución).

Algunos puntos que hay que destacar del artículo 72 explicado, es que éste mismo procedimiento se seguirá para la interpretación, modificación o derogación de leyes. Otro punto a resaltar es que si el proyecto fuese desechado en la misma Cámara en la que se presentó, no podrá ser presentado para una segunda discusión en el mismo periodo de sesiones. Un tercer aspecto relevante, es que todo proyecto de ley o decreto se discutirá –preferentemente- en la Cámara de su origen, a menos que la comisión encargada de hacer el dictamen correspondiente, no elabore el mismo dentro del mes siguiente a que tuvieron el proyecto, sólo en éste caso, se podrá discutir primero en la otra Cámara. El cuarto lineamiento que el numeral cimero consagra es que el Ejecutivo tendrá determinadas limitaciones al ejercicio de la facultad que tiene para hacer observaciones al proyecto que se le envía, pues no podrá ejercer ésta facultad, en tratándose de resoluciones de alguna de las Cámaras integrantes del Congreso de la Unión, o de éste como tal, actuado como cuerpo electoral o de jurado, o en la declaración de procedencia a que alude el artículo 111 de la Constitución, ni tampoco podrá hacer éstas observaciones al decreto por el que la Comisión Permanente convoque a un periodo extraordinario de sesiones. (Fracciones F, G, I y J, respectivamente).

1.6.4 LOS REGLAMENTOS.

Estas disposiciones de carácter general revisten especial importancia, pues además de colocarse –jerárquicamente hablando- de bajo de las leyes, en épocas contemporáneas constituyen un asiduo objeto de impugnación mediante el juicio

de amparo. Podemos encontrar su fundamento en el artículo 89, fracción I de la Constitución, la cual se conoce como la “facultad reglamentaria” que tiene el Presidente de la República, empero, éste numeral alude sólo al reglamento administrativo, aún cuando existen otros tipos de reglamentos, los cuales serán analizados en éste apartado, haciendo la aclaración, de que para efectos de nuestro estudio, la atención se centrará en los reglamentos emitidos por el Ejecutivo. Siguiendo la estructura utilizada para el análisis de las leyes, iniciemos por definir al reglamento.

Para el maestro Serra Rojas “El reglamento es el conjunto de normas administrativas subordinadas a la ley, obligatorias, generales e impersonales, expedidas unilateral y espontáneamente por el Presidente de la República, o por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal en virtud de facultades discrecionales que le han sido conferidas por la Constitución o que resulten implícitamente del ejercicio del Poder Ejecutivo.

Ese conjunto de normas en número superior al de las leyes son creadoras de una situación jurídica general, abstracta, que en ningún caso regula una situación jurídica concreta y son dictadas para la atención pormenorizada de los servicios públicos. para la ejecución de la ley y para los demás fines de la Administración Pública.”⁹⁰

Por su parte el maestro Fernández Ruiz señala que: “Al igual que la ley, el reglamento es un conjunto de normas que regulan la conducta externa humana, de manera general, impersonal, abstracta, obligatoria y coercitiva; se distingue de la ley, en razón de su órgano emisor, toda vez que ordinariamente es dictado por el Poder Ejecutivo...”⁹¹

Para el maestro Miguel Acosta Romero, el reglamento puede definirse de diversas maneras, primero da una noción genérica y luego esa noción la concretiza al ámbito administrativo, la noción general que nos proporciona reza: “En una idea muy general y amplia, se entiende por reglamento “al conjunto ordenado de reglas y conceptos que por autoridad competente se da para la

⁹⁰ SERRA ROJAS, Andrés, DERECHO ADMINISTRATIVO, *Op. Cit.*, Pág. 197.

⁹¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, DERECHO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *Op. Cit.*, Pág. 194.

ejecución de una ley o para el régimen interior de una corporación o dependencia.”⁹² Por otro lado, el concepto de reglamento administrativo que el autor nos proporciona dice: “Es una manifestación unilateral de voluntad discrecional, emitida por un órgano administrativo legalmente investido de potestad o competencia para hacerlo (Presidente de la República en el ámbito federal, Gobernador del Estado en las Entidades Federativas), creadora de normas jurídicas generales que desarrollan los principios de una ley emanada del Congreso, a efecto de facilitar su ejecución y observancia en la esfera administrativa.”⁹³

Para el maestro de derecho administrativo Rafael Martínez Morales, “El reglamento está considerado por muchos autores como un acto administrativo o sea, es una declaración unilateral de voluntad emitida por el Poder Ejecutivo que crea situaciones jurídica generales...se trata de un conjunto de normas jurídicas creadas por el titular de la administración pública que desarrollan principios establecidos en una ley.”⁹⁴

Algunas características que podemos establecer del reglamento, es que en primer lugar son normas generales, participan de las mismas características de la ley, al ser generales, abstractos e impersonales, son emitidos por el Poder Ejecutivo, tienen por objeto lograr la correcta ejecución de las leyes del Congreso de la Unión –si son reglamentos federales- desarrollando y complementando las mismas, etcétera.

Podemos diferenciar a los reglamentos de la ley, por los siguientes elementos:

1. La ley es un acto legislativo y el reglamento es un acto administrativo, formalmente, aunque materialmente sea legislativo.
2. El reglamento sigue un proceso de creación diferente al de la ley.
3. Opera el principio de *primacía de la ley*, es decir, la ley es superior a los reglamentos.

⁹² ACOSTA ROMERO, Miguel, TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. PRIMER CURSO, 17ª edición, México, editorial Porrúa, 2004, Pág. 1022.

⁹³ *Ibidem.*, Pág. 1029.

⁹⁴ MARTINEZ MORALES, Rafael I., DERECHO ADMINISTRATIVO. PRIMER CURSO, 2ª edición, México, editorial Harla, 1994, Pág. 282.

4. También opera el principio de *reserva de ley*, pues hay determinados actos que sólo pueden ser regulados por la ley y no por reglamentos.

Algunas clasificaciones del reglamento son, según Acosta Romero y Martínez Morales, reglamentos privados y reglamentos de autoridad, los primeros son aquellos que se establecen entre particulares para regular las relaciones entre sí, cuando están constituidos en alguna forma de asociación de cualquier índole, científica, artística, cultural, deportiva, etcétera. Acosta Romero introduce otra forma de reglamentos entre particulares que nacen de las relaciones de carácter laboral, como son los Reglamentos Interiores de Trabajo. Los reglamentos de autoridad, son aquellos que regulan la actividad y funcionamiento internos de órganos o entidades.

De ésta última clasificación pueden surgir otra clase de reglamentos, como son los reglamentos legislativos, judiciales y administrativos, pero vistos éstos últimos no como facultad reglamentaria del Ejecutivo, sino como reglas de organización interna de alguna dependencia o entidad de la Administración Pública.

El maestro Serra Rojas⁹⁵, clasifica a los reglamentos de la siguiente manera:

- a) Reglamentos ejecutivos. Los referidos al artículo 89 fracción I de la Constitución.
- b) Reglamentos gubernativos y de policía. Competen a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, y en las Entidades Federativas corresponde a las autoridades municipales su aplicación.
- c) Reglamentos interiores de la Administración Pública. Tienen por finalidad regular el orden y disciplina de los servicios públicos.
- d) La doctrina extranjera habla de reglamentos delegados, ya para ampliar la ley, ya dictados en caso de urgencia. En nuestro país no pueden existir, pues invade lo preceptuado por el artículo 29 de la Carta Magna.

Una de las clasificaciones que revisten mayor polémica es la relativa a los reglamentos autónomos y a los heterónomos. Los reglamentos heterónomos son aquellos que requieren de la existencia previa de una ley a la cual reglamentar, en

⁹⁵ SERRA ROJAS, Andrés, DERECHO ADMINISTRATIVO, *Op. Cit.*, Págs. 201 a 203.

cambio, aquellos que no necesitan la existencia de una ley, sino que encuentran su fundamento directo en la Constitución, reciben el nombre de autónomos. La doctrina mexicana ha establecido la existencia de dos reglamentos de carácter autónomo, uno que encuentra sustento en el artículo 21, párrafo primero, segunda parte y el otro que se basa en el artículo 27, quinto párrafo, última parte, ambos de la Constitución, en la parte que dicen:

“ARTICULO 21...Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas...” y “ARTÍCULO 27...Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno, pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos, el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aún establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional...”

Al respecto es oportuna la crítica que Martínez Morales hace sobre este tema: “Es necesario aclarar que en el derecho mexicano no puede existir validamente un reglamento autónomo, pues siempre habrá un engarce mayor o menor a la ley, lo que puede variar es la forma en que se vincule el reglamento con la ley en la cual se sustenta, ya sea en su desarrollo, ejecución o autorización. En ningún caso el Presidente de la República, a quien corresponde la facultad reglamentaria (a nivel local: al gobernador o a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal), puede emitir un reglamento que desarrolle directamente la norma prevista en el nivel constitucional; siempre será absolutamente necesaria la presencia de una ley entre el texto constitucional y cualquier disposición de carácter reglamentario.”⁹⁶

Por lo que hace al procedimiento para la creación del reglamento, si bien no existe una normatividad que describa los pasos a seguir en su proceso de formación, si podemos señalar que independientemente de cual sea este proceso, la Constitución exige un requisito de validez del reglamento que es el “refrendo”, como claramente se señala en el artículo 92 de la Constitución, sin éste requisito, el reglamento no será obedecido: “ARTÍCULO 92. Todos los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente deberán estar firmados por el Secretario de Estado o Jefe de

⁹⁶ MARTINEZ MORALES, Rafael I., *Op. Cit.*, Págs. 281 y 282.

Departamento Administrativo a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos.”

Para concluir, resultan interesantes y vienen a ratificar el carácter que hemos dado a los reglamentos, las siguientes tesis jurisprudenciales:

REGLAMENTOS, TÉRMINO PARA INTERPONER EL AMPARO EN SU CONTRA, CÓMPUTO DE LAS REGLAS ESTABLECIDAS PARA LAS LEYES. Tratándose del amparo contra leyes, estas pueden impugnarse cuando son autoaplicativas, es decir, en los casos en que por su sola expedición causan perjuicio a los quejosos, debiendo promoverse la demanda dentro del término de treinta días contados a partir de la fecha en que inicie su vigencia la ley impugnada (artículo 22, fracción I de la Ley de Amparo); o cuando se actualice el perjuicio con el primer acto de aplicación, en cuyo supuesto la demanda debe promoverse dentro del término establecido en el artículo 21 de la Ley de Amparo. Estos principios son aplicables, no solamente a las leyes, sino también a los reglamentos, en virtud de que, aunque estos formalmente son actos administrativos, en su aspecto constituyen verdaderos actos legislativos por cuanto que son de naturaleza impersonal, general y abstracta.⁹⁷

REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS, AMPARO NO ES NECESARIO AGOTAR LOS RECURSOS ORDINARIOS QUE ESTABLECEN CONTRA LOS ACTOS DE APLICACIÓN. Cuando se combate por su inconstitucionalidad un reglamento administrativo expedido por el Presidente de la República con fundamento en la fracción I del artículo 89 de la Constitución Federal, el que constituye, dados sus caracteres de generalidad y abstracción, una ley desde el punto de vista material, y al mismo tiempo se impugnan los actos de aplicación del mismo, no es necesario agotar previamente los recursos ordinarios procedentes, para acudir al juicio de amparo, porque las autoridades comunes carecen de competencia para resolver si una ley es o no contraria a la Constitución General de la República, lo que es cuestión de la incumbencia exclusiva de la Justicia Federal.⁹⁸

1.6.5 LOS DECRETOS.

La palabra *decreto* proviene del latín *descernere*, que quiere decir, determinar, decidir algo, resolución o acuerdo. En este sentido, para el maestro Serra Rojas,

⁹⁷ Instancia: Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tesis Jurisprudencial 407, Tercera Parte, Página 716.

⁹⁸ Instancia: Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tesis Jurisprudencial 403, Tercera parte, Página 708.

“El *Decreto* es una decisión administrativa que crea una situación jurídica concreta o individual.”⁹⁹

Miguel Acosta Romero lo define como “..una decisión de un órgano del Estado que crea situaciones jurídicas concretas o individuales y que requieren de cierta formalidad (publicidad), a efecto de que sea conocido por aquellos a quienes va dirigido.”¹⁰⁰

Una definición más es la que proporciona Rafael Martínez Morales, quien dice que: “En términos generales, el decreto es una orden girada por una autoridad, dirigida a un gobernado; es decir es una resolución de un órgano público para un caso concreto...Consideramos que en nuestro caso debe circunscribirse el vocablo para designar las *decisiones gubernamentales emitidas para casos particulares, las cuales por su importancia, deben ser publicadas.*”¹⁰¹

Podemos señalar por nuestra parte, que *los decretos son actos o resoluciones unilaterales emitidas por órganos del Estado, para regular casos particulares, produciendo situaciones jurídicas individuales y concretas que deben ser publicadas para darse a conocer a sus destinatarios.*

Algunas características que podemos relatar del decreto, es que en primer lugar son actos unilaterales, tienen un carácter concreto e individual, regulan situaciones particulares y deben ser publicados para darse a conocer a sus destinatarios.

Los decretos se distinguen de las leyes por los siguientes aspectos:

1. La ley es general, abstracta e impersonal, en tanto que el decreto regula situaciones concretas e individuales.
2. La ley tiene mayor jerarquía que un decreto.
3. La ley es un acto formal y materialmente legislativo, el decreto es un acto de naturaleza esencialmente administrativa, formalmente administrativo y materialmente legislativo.
4. La ley puede dar pauta a la modificación de un decreto, pero no a la inversa.

⁹⁹ SERRA ROJAS, Andrés, DERECHO ADMINISTRATIVO, *Op. Cit.*, Pág. 217.

¹⁰⁰ ACOSTA ROMERO, Miguel, *Op. Cit.*, Pág. 1092.

¹⁰¹ MARTINEZ MORALES, Rafael I., *Op. Cit.*, Pág. 288.

Antes de entrar al estudio de las clasificaciones de los decretos, consideramos oportuno hablar de los decretos que la doctrina ha denominado “Decretos-ley”, los cuales según el maestro Fernández Ruiz, encuentran su base constitucional en el artículo 49 de la Constitución, el cual establece:

“ARTÍCULO 49. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o mas de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.”

En este tenor se debe señalar que “En principio, podemos entender el decreto-ley como la disposición de carácter legislativo emitida en vía de excepción por el titular del Poder Ejecutivo o por quien lo detenta.”¹⁰²

“En opinión del autor español Juan Gascón Hernández, “el decreto-ley constituye un decreto normativo que tiene el mismo vigor que la ley formal...el decreto-ley cabría definirlo como toda regulación por vía de decreto de materias que, dada su naturaleza, están dentro del ámbito de la ley formal”.”¹⁰³

“según el profesor argentino Owen G. Usinger: “En general, el decreto-ley es la decisión de carácter legislativo que dicta el poder ejecutivo fundado en el Estado de necesidad, en circunstancias excepcionales ante el receso o caducidad del poder legislativo. En suma, están comprendidos en esta categoría todos aquellos decretos que estatuyen sobre materias que por su propia naturaleza son de índole legislativa”.”¹⁰⁴

Así las cosas, los decretos suelen clasificarse en: 1. decretos legislativos; 2. decretos judiciales y 3. decretos administrativos.

“Los decretos legislativos están previstos en los Artículos 70, 71 y 72 de la Constitución que prevén, el primero, que todas las resoluciones del Congreso

¹⁰² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, DERECHO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *Op. Cit.*, Pág. 190.

¹⁰³ GASCÓN HERNÁNDEZ, Juan, “Decreto ley”. Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, editorial Francisco Seix, 1954, Pág. 296, (Tomo VI), Apud. En: FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, DERECHO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *Op. Cit.*, Pág. 190.

¹⁰⁴ USINGER, Owen, “Decreto”, Enciclopedia Jurídica Omeba, Argentina, Editorial Bibliográfica Argentina, 1968, Pág. 988, (Tomo V), Apud. En: FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, DERECHO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *Op. Cit.*, Pág. 190.

tendrán el carácter de Ley o Decreto; el segundo, el procedimiento de discusión, interpretación, reforma , etc., de las Leyes y Decretos...Desde luego, formalmente son actos que derivan del Poder Legislativo, y crean situaciones concretas y en los términos de la Ley del Diario Oficial de la Federación, deben publicarse en el mismo...El decreto administrativo, en nuestro concepto tiene su base constitucional en los artículo 89, fracción I y 92, de la Constitución...Generalmente se dice en el uso del foro, que toda clase de resoluciones dictadas por los tribunales (unitarios o colegiados) son decretos judiciales. Por ejemplo, un juez decreta un embargo en un juicio ejecutivo mercantil, o un juez decreta una quiebra. En un sentido estricto los decretos judiciales son una especie de las resoluciones que pueden dictar los tribunales conforme los disponen los códigos de procedimientos.”¹⁰⁵

A este respecto, el artículo 220 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece: “ARTICULO 220. Las resoluciones judiciales son decretos, autos o sentencias; decretos si se refieren a simples determinaciones de trámite; autos cuando decidan cualquier punto dentro del negocio, y sentencias, cuando decidan el fondo del negocio.” En este tenor, el numeral 221 del mismo ordenamiento establece “ARTÍCULO 221. Los decretos deberán dictarse al dar cuanta el secretario con la promoción respectiva...”. A manera de ejemplo de un decreto judicial, podemos citar el contenido del artículo 80 del ordenamiento adjetivo citado, el que consagra: “ARTÍCULO 80. Los tribunales podrán decretar, en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la practica, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que se estime necesaria y sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos controvertidos...”

1.6.6 LOS ACUERDOS.

En una escala inferior de nuestro sistema jurídico encontramos a los acuerdos, al igual que las normas de carácter general que hemos estudiado previamente, la palabra acuerdo entraña una variedad de significados desde una noción literal, en cuyo caso podría entenderse como una convergencia de voluntades, o bien, si ubicamos a este término dentro de una arista procesal, podríamos definirlo como

¹⁰⁵ ACOSTA ROMERO, Miguel, *Op. Cit.*, Págs. 1092, 1093 y 1094.

una resolución judicial que resuelve algún punto dentro del negocio, y en este tenor podríamos usarlo como sinónimo de auto o proveído, finalmente podríamos definirlo desde un aspecto administrativo, diciendo entonces que: “En Derecho Administrativo acuerdo es la decisión de un órgano superior en asuntos de su competencia, que se hace saber al inferior, generalmente por escrito.”¹⁰⁶, o bien: “la orden dictada por el superior al inferior jerárquico, conforme a una decisión tomada individual o colegiadamente.”¹⁰⁷, una definición más sería que: “El acuerdo hace referencia a la terminación, decisión u orden de autoridad. En Derecho Administrativo es una resolución unilateral, decisión de carácter ejecutivo unipersonal, pluripersonal o un acto de naturaleza reglamentaria.”¹⁰⁸

El acuerdo consideramos tiene su base constitucional en el artículo 92 de la ley suprema, y respecto a su procedimiento de creación, si bien no existe una normatividad que describa los lineamientos a seguir, podemos señalar que independientemente de ese proceso, la Constitución exige un requisito de validez que es el “refrendo”, como claramente se señala en el mismo artículo 92 de la Constitución ya citado, pues sin éste requisito el acuerdo no será obedecido, por tanto se infiere que el acuerdo en cuanto a su forma, debe ser escrito.

Sobre los decretos y acuerdos resulta interesante la siguiente tesis:

ACUERDOS Y DECRETOS DE CARÁCTER GENERAL, PARA SU IMPUGNACIÓN SON APLICABLES LAS REGLAS DEL AMPARO CONTRA LEYES (NORMAS AUTOAPLICATIVAS).-

De conformidad con los artículos 22, fracción I y 73, fracción VI de la Ley de Amparo y con las tesis jurisprudenciales publicadas bajo los número 64 y 65 del último apéndice del Semanario Judicial de la Federación, primera parte, páginas 136 y 137 con los rubros de: AUTOAPLICATIVA y LEY AUTOAPLICATIVA. QUIENES PUEDEN IMPUGNARLA DENTRO DE LOS 30 DIAS SIGUIENTES A SU ENTRADA EN VIGOR, a fin de que una ley sea calificada como autoaplicativa y pueda impugnarse desde el momento mismo del inicio de su vigencia, es menester que se satisfagan los siguientes requisitos: a) Que desde su entrada en vigor, las disposiciones obliguen al particular, cuya situación jurídica prevén a hacer o dejar de hacer; b) Que no sea necesario un acto de autoridad para que se genere tal obligatoriedad; c) Que la quejosa quede comprendida dentro de la hipótesis de su aplicación, desde el momento mismo de su entrada en vigor. Estas reglas de procedencia del juicio de amparo contra leyes, son igualmente aplicables no solo a los

¹⁰⁶ *Ibidem.*, Pág. 1100.

¹⁰⁷ MARTINEZ MORALES, Rafael I., *Op. Cit.*, Pág. 291.

¹⁰⁸ SERRA ROJAS, Andrés, *DERECHO ADMINISTRATIVO, Op. Cit.*, Pág. 217.

reglamentos, como repetidamente lo han estimado los tribunales, sino también a los decretos y acuerdos que contengan normas jurídicas de observancia general y abstracta e impersonal, toda vez que aquellos precisamente por su naturaleza normativa, pueden causar un agravio a los particulares, obligándolos a un hacer o a un no hacer sin necesidad de un acto ulterior de autoridad, desde el momento mismo de su entrada en vigor.¹⁰⁹

1.6.7 LAS CIRCULARES.

Finalmente, en el último peldaño de nuestra jerarquía normativa encontramos a las circulares, actos administrativos de carácter esencialmente interno, los cuales han sido definidos por el multicitado maestro Serra, como “..una comunicación dirigida por una autoridad superior, a una inferior sobre el mismo tema y con el mismo propósito. Este es el procedimiento empleado por las autoridades superiores para transmitir a las inferiores, sus instrucciones y decisiones. Las circulares tienen el carácter de abstractas, obligatorias para los subordinados, sin tener las características de reglamento. Para los particulares tiene valor, si ellas se ajustan a la ley o a su correcta interpretación y siempre que de alguna manera no les afecte, ocasionándoles un perjuicio. En este caso las circular puede ser impugnada ante el superior jerárquico o recurriendo a las autoridades judiciales federales, cuando impliquen un principio de aplicación.”¹¹⁰

Algunos elementos característicos de las circulares son, para Martínez Morales:¹¹¹

1. Es un acto administrativo de carácter unilateral.
2. Tiene carácter interno.
3. Para que trasciendan a la esfera de los gobernados, sin causarles perjuicios, deben ser publicados.
4. Están sujetos a la ley y a los reglamentos.
5. Su fundamento no radica en la potestad reglamentaria, si no en la potestad jerárquica.

¹⁰⁹ Novena Época, Instancia: Tribunal Colegiado de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Octubre de 1986, Tesis Aislada.

¹¹⁰ SERRA ROJAS, Andrés, DERECHO ADMINISTRATIVO, *Op. Cit.*, Pág. 218.

¹¹¹ MARTINEZ MORALES, Rafael I., *Op. Cit.*, Págs. 290 y 291.

En cuanto a los efectos de las circulares, podemos decir que pueden trascender a la esfera jurídica de los gobernados sin causales perjuicio, pero cuando se afecta su esfera de derechos, esas circulares pueden ser objeto de impugnación ya por medios administrativos, ya mediante el juicio de amparo, en otras palabras “...no debe atenderse a su denominación o a su publicación, en el Diario Oficial de la Federación, sino especialmente a las obligaciones y derechos que se desprenden de su contenido y que afectan la esfera jurídica de los gobernados.”¹¹²

Al respecto resulta interesante lo dispuesto por la siguiente tesis:

CIRCULARES RECLAMADAS EN EL JUICIO DE GARANTIAS. PARA CALIFICAR EL INTERÉS DEL QUEJOSO NO DEBE ATENDERSE A SU DENOMINACIÓN.

A fin de descubrir la naturaleza jurídica de un acto reclamado en el juicio de garantías, cuando éste consista al menos aparentemente en un conjunto de reglas de conducta, no debe atenderse exclusivamente a la denominación que haya empleado su emisor para designarla ni al nombre con el cual se le conozca comúnmente toda vez que en repetidas ocasiones, bajo la designación de acuerdo, circular, “instructivo”, “reglas de aplicación”, y similares, se engloban un sinnúmero de normas que por su variedad, origen, función y destinatarios, difieren en gran medida de la significación propia de la denominación que se emplea para identificarlas. Por otra parte, la publicación del acto reclamado en el Diario Oficial de la Federación o en su similar en las entidades federativas, tampoco es una prueba concluyente de que se trata de una disposición normativa de alcance general para toda la población, pues si bien es cierto que con arreglo al artículo 3º del Código Civil para el Distrito Federal, tal publicación surte efectos de notificación tratándose de leyes reglamentos y disposiciones de observancia general, también es cierto que por disposición de otras leyes, la publicación en el periódico oficial sirve, en muchos casos, para hacer simplemente del conocimiento de un grupo social o de la comunidad entera, una situación que reviste de interés. Están en este supuesto, ciertas resoluciones de asociaciones privadas (convocatorias de asambleas y balances), de instituciones públicas (estatutos de las cámaras de industria y comercio), de órganos de la administración (convocatorias o concursos para la adjudicación de obras públicas, anuncios de subastas, avisos de suspensión de labores, solicitud de concesiones o de tierras por núcleos agrarios, etcétera). En estas condiciones, la procedencia del juicio de garantías en lo que se refiere concretamente al requisito de interés jurídico del promovente, no debe resolverse atendiendo únicamente a la denominación del acto reclamado (sea circular, acuerdo instructivo, reglas de aplicación), ni tampoco a su mera publicación en el periódico oficial,

¹¹² OJEDA BOHÓRQUEZ, Ricardo, *Op. Cit.*, Pág. 72.

sino al contenido y eficacia normativa, administrativa, jerárquica, de cada una de las normas que componen el acto impugnado.¹¹³

¹¹³ Instancia: Tribunal Colegiado de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época, Volumen: 205-216, Sexta Parte, Página 108.

CAPITULO II

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MEXICO.

2.1 EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.

Desde Montesquieu y su "*Del Espíritu de las Leyes*", encontramos un primer gran acercamiento a la necesidad del "control del poder", al establecer una de las grandes aportaciones intelectuales a la historia política y constitucional: "*la división de poderes*".

En efecto, con la división del ejercicio del poder en las tres funciones esenciales de un Estado –legislativa, ejecutiva y judicial-, surge la idea de encomendar diversas tareas estatales a diversos órganos del Estado mismo, y con ello, implementar las limitaciones necesarias a las actividades comentadas. El poder se ve limitado, en principio, con la sola división en el ejercicio del mismo. Los detentadores formales del ejercicio segmentado del poder, se verán limitados también, en el desempeño de sus funciones a través de determinados mecanismos.

En el contexto anterior, Montesquieu en su obra invocada manifestó: "Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil.

El poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares, llamaremos a éste poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado.

La libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad. Y para que exista la

libertad es necesario que el Gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada de otro.

Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado, promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente.

Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares.”¹

Como hemos dicho, con el barón de la Brède, encontramos lo que a nuestro parecer constituye un primer acercamiento al punto al que queremos llegar: el control de la constitucionalidad de las leyes². Si bien en este primer apuntamiento la relación no resulta palmaria, creemos que al final de este primer rubro, nuestra pretensión quedará más que justificada.

Al estar el poder dividido para su ejercicio, debemos entender que se encuentra limitado al mismo tiempo, pues la escisión es, ciertamente, un acto de limitación y por tanto de control. Encontramos también, que la división del poder atiende netamente a una división funcional, es decir, las tareas esenciales del Estado, se encargan a diferentes órganos del mismo, para que por su conducto, se realicen las funciones que les fueron delegadas, convirtiéndose así, en los primeros detentadores formales del poder.

Tomando en cuenta que las ideas expresadas por Montesquieu en su obra capital, datan de mediados del siglo XVIII, y que los movimientos sociales e ideológicos posteriores a esa época modificaron radicalmente muchas de las

¹ MONTESQUIEU, DEL ESPIRITU DE LAS LEYES (Traducido por Mercedes Blázquez y Pedro de Vega.), Madrid, editorial SARPE, 1984, Págs. 168 y 169, (TOMO I).

² *Vid. Supra.*, párrafo 1.6.3 del Capítulo Primero, para conocer el significado que damos al término “Ley”.

estructuras que en su momento fungieron de pilares para el pensamiento de nuestro autor, la clásica división de poderes ha sido en muchas ocasiones rebasada, no obstante, esta división funcional del poder, ha servido de base para el establecimiento de nuevas posturas del pensamiento, que no sólo consideran como detentadores del poder –en los términos antes expuestos- al Legislativo, Ejecutivo o Judicial. Entre estas “nuevas” posiciones, encontramos a Karl Loewenstein, en cuyo pensamiento descubrimos el engarce perfecto que nos ayudará a proseguir con nuestra exposición.

En el Capítulo I de nuestra tesis, tratamos el punto consistente en definir a la Constitución, entre las definiciones que analizamos estuvo la de Loewenstein, a la cual remitimos al lector, no obstante, y solo para efectos de entrar al estudio que nos interesa en éste capítulo, diremos que según este autor, la Constitución consiste en el conjunto de reglas fijas, establecidas por la sociedad, como frenos al ejercicio del poder político, bien sea que esas reglas se encuentren enraizadas en la conciencia y alma de la comunidad, o bien, se plasmen en un documento formal, empero, sin importar la forma, el *telos* de la Constitución, es el límite del poder político, pues allí, en donde la Constitución no cumpla dicha finalidad, se configura lo que el autor llamó una Constitución semántica.

“...la finalidad de la constitución escrita es limitar la concentración del poder absoluto en manos de un único detentador, al distribuir las diferentes funciones estatales entre varios detentadores del poder. Dado que estos diversos órganos estatales se distribuyen el ejercicio del poder, se ven obligados constitucionalmente a cooperar en la formación de la voluntad estatal. Si está distribuido y ejercido conjuntamente, el poder está, al mismo tiempo, limitado y controlado.”³

Loewenstein partiendo de las bases inscritas por Montesquieu, señaló que en un Estado existen detentadores del poder político, para él, son cuatro: 1. El gobierno; 2. El parlamento; 3. El Poder Judicial, y 4 El electorado. Señaló también, que básicamente dos, son los tipos de control que en un Estado convergen para

³ LOEWENSTEIN, Karl, *Op. Cit.*, Pág. 232.

lograr la finalidad de la Constitución, o sea, limitar el poder político, así, habló de controles horizontales y controles verticales.

Los controles horizontales, son aquellos que se dan dentro de la maquinaria o dinámica del aparato estatal –entre o hacia dentro de los detentadores del poder político ya señalados-, son horizontales, pues operan en un mismo nivel, moviéndose de un extremo al otro; en cambio, los medios de control verticales, son aquellos que encuentran su lugar, entre los detentadores del poder frente a la sociedad toda, son verticales, pues no operan dentro de la maquinaria estatal de un lado al otro, sino en forma ascendente a descendiente y viceversa entre la sociedad y los detentadores del poder.⁴

En la tesitura anterior, resulta necesario explicar el pensamiento del autor, desarrollando las bases que en el párrafo previo se apuntaron.

A. Los controles verticales, son los que se dan entre los detentadores del poder político –gobierno, parlamento, función judicial y electorado- frente a la totalidad de la sociedad. Dentro de estos controles se encuentran tres tipos:

1. El federalismo;
2. Los derechos individuales y las garantías fundamentales, y
3. El pluralismo.

B. Los controles horizontales, son aquellos existentes en los detentadores del poder político, los cuales a su vez admiten una desmembración más, pues pueden ser hacia el interior de un órgano detentador del poder, o bien, entre ellos mismos. A los primeros los llamó controles horizontales *intraórganos*, a los segundos controles horizontales *interórganos*.

B.1. Los controles *intraórganos* son los que se dan hacia el interior de un órgano detentador de poder, que pueden ser:

1. *Intraórganos* en el Gobierno. Admite varios supuestos:
 - i. Composición colegiada del gobierno;
 - ii. Un Ejecutivo dualista, como sucede en los regímenes parlamentarios, en donde existe un Jefe de Estado y uno de Gobierno;

⁴ *Ibidem.*, Pág. 353.

- iii. Un Consejo Federal como sucede en el Gobierno Suizo;
- iv. El Gabinete.
- v. Un autogobierno interno, manifestado como un liderazgo conjunto o colectivo.

2. *Intraórganos* en el Parlamento. Pueden ser de tres tipos:

- i. Independencia funcional, este control significa que el Parlamento en su función legislativa debe estar exento de cualquier presión proveniente del exterior, que pueda constituir una limitante o influencia indebida en el ejercicio de sus funciones.
- ii. Autonomía funcional, consistente en garantizar a las minorías parlamentarias, su plena participación en los procesos de formación de las leyes, lo cual se logra de manera adecuada, con la no exclusión de las mismas en los debates parlamentarios.
- iii. El sistema bicameral, que por sí mismo constituye una división en la función legislativa y por ende garantiza el control y limitación correlativos entre las dos Cámaras.

3. *Intraórganos* en el Poder Judicial. En este caso también pueden haber varias posibilidades:

- iv. La composición colegiada de un tribunal.
- v. La posibilidad de que las resoluciones dictadas por un juez de primera instancia puedan ser revisadas por un tribunal de casación.
- vi. En su caso, que las resoluciones judiciales puedan llegar al conocimiento del tribunal supremo de un país.
- vii. En algunos países –verbigracia Estados Unidos- el jurado de ciudadanos constituye un control *intraórgano* en la función judicial.

B.2. Los controles horizontales *interórganos*, tienen lugar cuando se colocan frente a frente los detentadores del poder político, es decir, ya no son controles hacia el interior de un órgano, sino controles entre los órganos mismos. Son los siguientes:

1. Parlamento frente a Gobierno;
 2. Gobierno frente a Parlamento;
 3. Electorado frente a Parlamento, Gobierno y/o Poder Judicial.
 4. Poder Judicial frente al Parlamento y Gobierno,
- Podemos establecer varios ejemplos de estos tipos de controles.

1. Parlamento frente a Gobierno:

- i. Nombramiento por el Parlamento de los detentadores del poder gubernamental, como acontece usualmente en los países con regímenes parlamentarios.
- ii. Control político del Parlamento sobre los actos del gobierno, como pueden ser:
 - a. La comparecencia del Ejecutivo o sus miembro, a rendir informes al Congreso.
 - b. Las comisiones investigadoras parlamentarias para investigar determinados actos del Gobierno.
 - c. Ratificación de algunos nombramientos hechos por el Ejecutivo.
 - d. Ratificación o aprobación legislativa de los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo.
- iii. La destitución que en algunos regímenes, el Parlamento puede hacer del Jefe del Gobierno.

2. Gobierno frente a Parlamento.

- i. La influencia que éste puede tener en la función legislativa, ya sea en el proceso de formación de leyes, con el derecho de veto, o bien, su intervención en una ley promulgada.
- ii. La influencia del Gobierno en la actividad y existencia misma de la Asamblea, como puede darse el caso de la disolución del parlamento, en los Estados de régimen parlamentario.
- iii. La influencia del Gobierno en la composición del Parlamento.

3. Electorado frente a Parlamento, Gobierno y/o Poder Judicial.

- i. La intervención del Electorado como detentador del poder político, se puede dar de manera directa a través de dos mecanismos:
 - a. El plebiscito, y
 - b. El referéndum.
- ii. Pero también puede ser de modo indirecto, mediante la elección.

4. Poder Judicial frente a Parlamento y Gobierno.

- i. El derecho de los tribunales para supervisar y corroborar la correspondencia entre los actos del Gobierno con su base legal, lo que también se ha llamado: Jurisdicción Administrativa.
- ii. Determinaciones arbitrales tomadas por los tribunales en ejercicio de ciertas atribuciones que le competen a otros detentadores del poder, lo que ha dado origen a la *Judicialización de la Política*, abarcando dentro de éste rubro, las resoluciones de determinados conflictos que se pueden suscitar entre los otros detentadores del poder político, constituyendo las resoluciones judiciales, verdaderas decisiones políticas, de ahí la denominación que se le ha dado.
- iii. **“La competencia judicial para el control de la constitucionalidad de las leyes emitidas por el gobierno y el parlamento.”**⁵

En ésta tesitura, llegamos al punto deseado, el control de la constitucionalidad nace como un medio de control del poder político, en este caso, una forma de control del Poder Judicial hacia los actos del Parlamento y del Gobierno como detentadores de ese poder. Pongamos las cosas en un contexto más claro, el control de la constitucionalidad de leyes *–lato sensu–* es un acto de control, ejercido por el Poder Judicial, respecto de los actos emitidos por el Ejecutivo y el Legislativo, como pueden ser los tratados internacionales.

En este plano, estamos en condiciones de definir, una vez que ya conocemos el punto de inicio y justificación que le sustentan, al control de la constitucionalidad.

⁵ *Ibidem.p.*, Pág. 305. (Las negritas son del que escribe).

Para el autor que hemos estado analizando “El control de la constitucionalidad es, esencialmente, control político y, cuando se impone contra los otros detentadores del poder, es, en realidad, una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en un detentador del poder semejante, cuando no superior, a los otros detentadores del poder instituidos.”⁶

Por otro lado, uno de los autores mexicanos que a nuestra consideración expone con mayor claridad y denota mayor conocimiento sobre la materia, es el maestro Miguel Covían Andrade. Este autor, para definir al control de la constitucionalidad, considera necesario primariamente definir a la “constitucionalidad” como tal. “El término “constitucionalidad” corresponde al de *verfassungsmässigkeit*, obviamente expresado en alemán, cuyo significado es el de “conformidad o correspondencia con la constitución”, en tanto *mässig* es conforme, *Mässigkeit* es “conformidad o correspondencia” y *Verfassung* es “constitución”.⁷

Al ser la constitucionalidad la conformidad o correspondencia con la Constitución, resulta fácil descifrar que es la Constitución el punto de referencia o el parámetro de control, respecto de aquellos actos que serán el objeto o la materia de ese control, es decir, lo que se va a verificar es que determinados actos de determinados sujetos, estén conforme o sean correspondientes con los imperativos que la Constitución establece, y si no es así, declarar anticonstitucionales los actos. Uno de los aspectos a resolver es qué es ese *algo* que fungirá como la materia o el objeto del control, o sea, aquel cuya constitucionalidad se va a examinar, ésta situación, ya desde éste momento y como resultado de las ideas de Loewenstwein expuestas con antelación, así como del pensamiento del maestro Covían, se puede dilucidar. El objeto del control, es el poder político, pero materializado a través de actos emitidos por los

⁶ *Ibidem.*, Pág. 309.

⁷ COVÍAN ANDRADE, Miguel, LA SUPREMA CORTE Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD. DIEZ AÑOS DE FALLAS E IMPRECISIONES, México, editorial CEDIPC, 2005, Pág. 9.

detentadores formales de éste, es decir, los actos de los detentadores formales del poder político serán los actos sujetos al control de la constitucionalidad.⁸

En síntesis, el control de la constitucionalidad es para Covían Andrade "...la verificación de que las decisiones –actos u omisiones- de quienes ejercen el poder político por disposición de las normas jurídicas, corresponden formal y materialmente a la constitución y a las normas constitucionales, con el propósito de que si se determina que esa correspondencia no existe, sean anulados los efectos de esas decisiones –actos u omisiones-.”⁹

Según el maestro Ignacio Burgoa, para que un sistema merezca el calificativo de control de la constitucionalidad, además de propender a proteger todo el orden constitucional, debe revestir ciertas características, entre ellas, la más importante, pues de ésta cualidad, según el autor, depende que sea o no un medio de control de constitucionalidad, es *invalidar* un acto de autoridad violatorio de la Constitución, por tanto ese acto debe estar *vigente*, debe ser *actual, real*, y que la violación a la Ley Fundamental, *ya se haya llevado a cabo*, por consiguiente, aquel acto que no haya salido a la vida jurídica aún, pero que de existir pudiese llegar a ser infractor de la norma suprema, no puede recibir ese calificativo, aún cuando tenga como finalidad salvaguardar o prevenir violaciones al orden constitucional.

Así las cosas, Burgoa manifiesta que: "Debemos enfatizar que por "sistema de control constitucional", se entienden aquellos regímenes que tienen 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 salvaguarda 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 potencia" que pudiese o no vulnerar la constitución, una vez que se realice, no deben merecer el calificativo

⁸ *Vid Infra.*, el punto 2.2 de éste capítulo dedicado íntegramente al estudio del "poder político".

⁹ COVÍAN ANDRADE, Miguel, LA SUPREMA CORTE Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD. DIEZ AÑOS DE FALLAS E IMPRECISIONES, *Op. Cit.*, Pág. 11.

de “sistema de control constitucional” bajo el concepto estricto que se ha expuesto.”¹⁰

No compartimos la idea del maestro, pues si bien es cierto que el acto sujeto a control, que en el caso concreto de nuestra investigación serían los tratados internacionales, aún cuando no hayan salido a la vida jurídica, el acto como tal ya existe, tan es así, que va a ser objeto de un estudio de su constitucionalidad, para que en el caso de no ser constitucionalmente válido -en los términos previamente expuestos- nunca salga a esa vida jurídica, se trata pues, de evitar violaciones a la Constitución y si bien el presupuesto para la procedencia sería una duda sobre su constitucionalidad y que el acto aún no se ha perfeccionado y mucho menos aplicado, ya existe, solo falta un requisito de forma, de validez del acto, que sería su aprobación y en su caso la ratificación correspondiente. En el caso de nuestra investigación, el acto sujeto a control queda fijo y determinado en definitiva, con la autenticación del texto del tratado internacional¹¹, justamente de lo que se trata es de un control preventivo, en contraposición a los medios represivos o reparadores que actualmente existen en nuestro sistema.

A raíz de las líneas extraídas del texto del maestro Burgoa, surge la necesidad de hacer una nueva precisión, que es la denominación correcta de nuestra materia, es decir, “control de la constitucionalidad”. El maestro Burgoa utiliza la expresión, “control constitucional”, otros autores, que en el decurso de nuestra tesis citaremos e incluso la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, utilizan otras expresiones como “control de la constitución”, “justicia constitucional”, “derecho procesal constitucional”, “defensa de la constitución”, términos todos que aluden en cierta manera al *telos* de nuestra materia, pero que de ninguna manera atienden a su denominación correcta.

El maestro Covían Andrade¹² se ocupa en esclarecer ésta situación, la que me permito explicar en las líneas siguientes de manera sucinta.

¹⁰ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, EL JUICIO DE AMPARO, 41ª edición, México, editorial Porrúa, 2006, Pág. 164.

¹¹ *Vid. Supra.*, punto 1.6.2 del capítulo I, dedicado a los tratados internacionales, específicamente en lo relativo a su proceso de formación.

¹² COVÍAN ANDRADE, Miguel, LA SUPREMA CORTE Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD. DIEZ AÑOS DE FALLAS E IMPRECISIONES, *Op. Cit.*, Págs. 3 y sig.

Por lo que hace al término “Justicia constitucional”, en principio, dice el maestro, la palabra justicia implica *per se*, diversas significaciones y por ello se hace imprecisa y vaga, por otro lado, la expresión como tal, implicaría “hacerle justicia a la constitución” o bien “administrar justicia conforme a la constitución” o en el mejor de los casos, “los procesos establecidos en la constitución para hacer justicia”, en este contexto, también existiría la posibilidad de hablar de “justicia civil” ó “justicia penal”, etc, definitivamente la expresión “justicia constitucional” no atiende al “control de la constitucionalidad” en los términos en que ya han sido estudiados.

Tampoco la frase “Derecho procesal constitucional” es afortunada, ya que ésta sí, rama del derecho constitucional, alude a la idea de los procesos establecidos en la Constitución para llevar a cabo el control de la constitucionalidad, es el derecho adjetivo o procesal de la Constitución, y por consiguiente es tan solo una parte del control de la constitucionalidad, la parte relativa al estudio de los proceso a seguir en la aplicación de los mecanismos de control de la constitucionalidad, así por ejemplo, el derecho procesal constitucional, según el destacado jurista Héctor Fix-Zmudio, está constituido por una serie de figuras procesales, a las que llama “garantías constitucionales”, y cuya principal función es tutelar las normas constitucionales, en éste contexto, el citado autor manifiesta: “De manera paulatina se ha abierto paso en la doctrina mexicana la tendencia hacia el análisis sistemático de nuestros instrumentos de tutela de las normas constitucionales y, desde este punto de vista, consideramos que pueden señalarse como las más importantes las siguientes garantías constitucionales, cuyo conjunto integran lo que puede calificarse de derecho procesal constitucional mexicano: A) *El juicio político* (artículo 110); B) recientemente *la responsabilidad patrimonial del estado directa y objetiva* (artículo 113); C) *las controversias constitucionales* (artículo 105, fracción I); D) *la acción abstracta de inconstitucionalidad* (artículo 105, fracción II); E) *el procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia* (artículo 97, párrafos segundo y tercero); F) *el juicio de amparo* (artículo 103 y 107); G) *el juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos* (artículo 99, fracción V); H)

el juicio de revisión constitucional electoral (artículo 99, fracción IV); I) *los organismos no jurisdiccionales autónomos protectores de los derechos humanos, inspirados en el modelo escandinavo del Ombudsman* (artículo 102, apartado B). Todos estos preceptos corresponden a la Constitución Federal.”¹³, de las líneas previas observamos algunos mecanismos procesales de rango constitucional, que no necesariamente aluden a la idea de control de la constitucionalidad, como puede ser la responsabilidad patrimonial del Estado o la facultad investigadora de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El enunciado “control de la constitución” es por mucho el menos adecuado de todos, pues al utilizar ésta frase, lo que se da a entender es que lo que se está controlando es la Constitución misma y éste control se está llevando respecto de un punto de referencia distinto a la Constitución, lo que sencillamente no puede ser, pues a la Constitución no se le controla, se le protege a través del control de la constitucionalidad, la Constitución es el punto de referencia o el parámetro de control, pero no puede ser ni el objeto ni tampoco la materia de ese control, que es como ya vimos, el poder político.

Al referirse los autores a “control constitucional”, si bien ésta terminología propende más a nuestra materia, tampoco es la adecuada, pues la expresión “*constitucional*” también engloba diversas significaciones, como puede ser lo que está en la Constitución, lo que está conforme a la Constitución, lo que emana de ella, etc., todo ello es constitucional, pero sólo la significación de “*constitucional*” como aquello que está conforme a la Constitución es la más próxima, no obstante, por la pluralidad de acepciones que el término “control constitucional” tiene, no es el idóneo.

Por lo que hace a la expresión “defensa de la constitución”, del mismo modo consideramos es una expresión bastante amplia, que no se refiere específicamente al “control de la constitucionalidad”, abarcando incluso otros mecanismos que no son precisamente de “control de la constitucionalidad”, la defensa de la Constitución, más que ser una denominación, es, a nuestra

¹³ FIX-ZAMUDIO, Héctor, ESTUDIO DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO, México, editorial PORRÚA Y UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, 2005, Pág. 178.

consideración, una finalidad. Así, la defensa de la Constitución ha sido definida por el maestro Héctor Fix-Zamudio, como: *“la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde la perspectiva de la Constitución real, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental.”*¹⁴

Para el autor César Carlos Garza García, la “Defensa de la Constitución es toda vía que permite salvaguardar a la Ley Fundamental de los actos arbitrarios de algún órgano de gobierno, mediante un acto jurídico que restaura el Estado de Derecho de manera coercitiva. Lo enunciado significa que la defensa constitucional se promueve por una serie de instrumentos jurídicos que permiten salvaguardar el orden y la seguridad jurídica, que nacen y fluyen de la Constitución, hacia todo el sistema jurídico, y que esa garantía de seguridad jurídica puede mantenerse aún con el uso de la fuerza, en contra de todo acto que deviene atentatorio del orden legal.”¹⁵

Habiendo quedado justificado que es “control de la constitucionalidad” la denominación correcta, para nosotros el control de la constitucionalidad es *la verificación que un órgano competente hace de los actos emanado de los detentadores formales del poder político, para ver si se ajusta o no, a los lineamientos formales y materiales establecidos en el pacto federal, en caso de estar ajustados a la Constitución, considerarlos como constitucionalmente válidos, en caso contrario, anularlos, dejarlos sin efectos, expulsándolos del sistema jurídico.*

El control de la constitucionalidad puede ser ejercido por diversos órganos, para ser precisos, de dos tipos, un control por un órgano de naturaleza política -

¹⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Op. Cit.*, Pág. 10.

¹⁵ GARZA GARCÍA, César Carlos, LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, México, editorial Lazcano Garza Editores, 1997, Pág. 13.

cuya gestación se debe al jurista Carl Schmitt- o bien, un control ejercido por un órgano de naturaleza jurisdiccional –ideado por Hans Kelsen-, en el punto siguiente estudiaremos con mayor precisión estos aspectos, pero a manera de prolegómeno diremos que “La polémica entre CARL SCHMITT –protector de la defensa de la Constitución- y HANS KELSEN, fundador de la Escuela de Viena, consistió en determinar quien debía ser el defensor de la Constitución, el debate se refirió básicamente a la tesis del profesor alemán (SCHMITT), quien sostenía el control de la constitucionalidad y su órgano protector fuera de carácter político; de ahí que fuera el presidente del Reich, con fundamento en las facultades extraordinarias previstas en el artículo 48 de la *Constitución alemana de 1919*, quien ejerciera dicha función, ya que si ésta se les concedía a los tribunales, se podría caer en una “judicialización o politización de la justicia”

En contrapartida, HANS KELSEN estimó que dicha postura era ideológica, y que el órgano para proteger las normas fundamentales debiera ser un tribunal especializado, “Tribunal Constitucional”, el cual no tendría que ser diferente a otro órgano jurisdiccional, aunque se distinguía porque sus sentencias declaraban la inconstitucionalidad de la norma contraria a la Constitución, poseyendo efectos generales, *erga omnes*; por lo que desde su punto de vista dicho tribunal especializado funcionaba como “legislador negativo”.

Cabe señalar que la propuesta de SCHMITT favoreció el establecimiento de un sistema autoritario como lo fue el nazismo y la llegada de HITLER al poder; mientras que las ideas de KELSEN se difundieron ampliamente en los sistemas democráticos de la primer posguerra y principalmente en la Segunda Guerra Mundial, siendo un paradigma actualmente.”¹⁶

2.1.1 EL CONTROL POR ORGANO POLITICO.

Como ya hemos mencionado, es con Carl Schmitt con quien inicia la idea de encomendar el control de la Constitucionalidad a un órgano de naturaleza política,

¹⁶ GIL RENDÓN, Raymundo (coordinador), DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, México, editorial FUNDAp, 2004, Pág. 26.

expresando sus ideas en su obra *La Defensa de la Constitución*, y materializándolas en la Constitución de Weimar y la instauración del Tribunal del Reich, el argumento de Schmit para no encomendar esta tarea de verificar la constitucionalidad de los actos a un órgano de naturaleza jurisdiccional, radicaba esencialmente en la idea de que ello significaría *politizar a la justicia*.

“Por ello, desde la Constitución de Weimar vuelven a interesar de nuevo las garantías especiales de la Constitución, y se demanda alguien que las proteja y mantenga. El tribunal de Justicia Constitucional del Reich se señala así mismo como protector de la Constitución del Reich.”¹⁷

En las líneas siguientes extraemos algunos fragmentos de la obra de Schmitt, en la cual notamos claramente su idea reiterada de encomendar la defensa de la Constitución –como el lo llama- a un órgano político, desdeñando en todo momento tal concesión a un órgano jurisdiccional, en efecto, Schmitt establece que “En su conjunto, la manera usual de ser actualmente tratada esta difícil cuestión de Derecho Constitucional hallase aún muy influida por las “ideas judicialistas”, que se inclinan a encomendar simplemente la solución de todos los problemas a un procedimiento de tipo judicial, y desprecian en absoluto la fundamental diferencia que existe entre un fallo procesal y la resolución de dudas y divergencias de criterio acerca del contenido de un precepto constitucional. Ante todo se siente la necesidad de protegerse contra el legislador, es decir, contra el Parlamento, limitando, en consecuencia y con arbitrariedad notoria, el problema de la protección constitucional a la mera defensa contra leyes y decretos anticonstitucionales, y desnaturalizando también esta cuestión al buscar en el terreno de la Justicia el protector de la Constitución...En cambio, los planes y proyectos actualmente en curso se inclinan a encomendar a un Tribunal (Tribunal Arbitral del Reich, Tribunal de Justicia Constitucional para el Reich alemán) la resolución de cuantas dudas y divergencias de criterio se susciten a cerca de la constitucionalidad de las prescripciones jurídicas (leyes y reglamentos).”¹⁸

¹⁷ SCHMITT, Carl, LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN (Traducido por Manuel Sánchez Sarto), Madrid, editorial Tecnos, 1983, Pág. 30.

¹⁸ *Ibidem.*, Págs. 31 y 32.

“Las divergencias de opinión y diferencias entre los titulares de los derechos políticos de carácter decisivo o influyente no pueden resolverse, generalmente, en forma judicial, salvo en el caso de que se trate de castigar transgresiones manifiestas de la Constitución. Dichas divergencias o bien son zanjadas por un tercero, situado por encima de los litigantes y revestido de un poder político mas excelso –y entonces ya no se trata del defensor de la Constitución, sino del soberano del Estado; o bien son dirimidas o resueltas por un organismo que no es superior, sino coordinado, es decir, por un tercero neutral- y entonces nos hallamos ante un poder neutral, un *pouvoir neutre et intermédiaire*, que no se haya situado por encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales, aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de ciertas posibilidades de intervención. Si lo que interesa no es un efecto accesorio ejercido por otras actividades políticas, sino, mas bien, organizar una institución, una instancia especial que tenga por objeto garantizar el funcionamiento constitucional de los diversos poderes y la Constitución misma, parece oportuno, en un Estado de Derecho que diferencia los poderes, no confiar la misión precitada a uno de los poderes existentes, por que en tal caso podría tener un predominio sobre los demás y sustraerse a su vez de todo control, convirtiéndose como consecuencia en árbitro de la Constitución. Por esa causa es necesario estatuir un poder neutral específico junto a los demás poderes, y enlazarlo equilibrarlo con ellos mediante atribuciones especiales.”¹⁹

En la tesitura anterior, podemos ver que del pensamiento de Schmitt se derivan algunos elementos característicos del control por órgano político, pero además del Tribunal del Reich, han existido otros órganos de naturaleza política encargados de velar por la supremacía de la Constitución, como fueron en su momento, el Jurado Constitucional pensado por Sieyès, órgano que sirvió de base para que Napoleón instaurara el Senado Conservador con posterioridad, mismo que a su vez fue la inspiración para que en México, en la Constitución Centralista de 1836, se instaurara, a propuesta de Sánchez Tagle, el Supremo Poder Conservador, este órgano fue regulado en la Ley Segunda, en cuyo artículo

¹⁹ *Ibidem.*, Págs. 213 y 214.

segundo se señalaban sus facultades, la potestad mas importante sin lugar a dudas, era aquella que le autorizaba a declarar nulas las leyes y decretos que fuesen contrarios a la Constitución, era tal el poder de este órgano, que incluso se señalaba, que sus integrantes sólo eran responsables ante Dios.²⁰

En este sentido manifiesta el maestro Burgoa que “El sistema de control constitucional por órgano político, dentro del cual podemos catalogar al “Jurado Constitucional” ideado por *Sieyès* y al omnímodo “Poder Conservador” de la Constitución centralista de 1836, generalmente revela la existencia de un cuarto poder al cual está encomendada la protección del orden establecido por la Constitución, finalidad que también suele adscribirse a algún órgano en que se deposite cualquiera de los tres poderes clásicos del Estado. Se caracteriza el sistema del que hablamos, en que la petición o solicitud de declaración de inconstitucionalidad de un acto o de una ley la hacen las mismas autoridades contra aquella o aquellas responsables de la violación. Por otra parte, el procedimiento observado, para hacer la declaración mencionada no es contencioso, es decir, en él no se entabla una verdadera contienda o controversia entre el órgano peticionario y la autoridad contraventora de la Constitución, sino que estriba en un mero estudio de hecho por el poder controlador acerca de la ley o acto reclamados, con el fin de concluir si son constitucionales o no. Por último, la resolución pronunciada no reviste el carácter de una sentencia, ya que ésta, recae únicamente en los procedimientos de contención, teniendo aquella efectos *erga omnes*, esto es, generales y absolutos.”²¹

“El sistema de control político. Es el que encomienda la defensa de la Constitución a un poder especial del Estado, que se agrega como un cuarto poder a los tres tradicionales, a quien se encomienda como misión principal o exclusiva, anular las leyes o actos inconstitucionales. Los defensores de este sistema afirman que los efectos del control poseen una relevante importancia política, consistente en contener a los poderes públicos.”²²

²⁰ *Cfr.*, TENA RAMÍREZ, Felipe, LEYES CONSTITUCIONALES DE MÉXICO, 1808 A 1993, 19 ° edición, México, editorial Porrúa, 1995, Págs. 208 a 212.

²¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, EL JUICIO DE AMPARO, *Op. Cit.*, Pág. 154.

²² GIL RENDÓN, Raymundo, *Op. Cit.*, Pág. 34.

Las características que tiene un sistema de control de la constitucionalidad llevado a cabo por un órgano de carácter político, son las siguientes:

“1. La preservación de la Ley Fundamental se encomienda, bien a un órgano distinto de aquellos en quienes se depositan los tres poderes del Estado, o bien se confía a alguno de estos.

2. La petición de inconstitucionalidad corresponde a un órgano estatal o a un grupo de funcionarios públicos, en el sentido de que el órgano del 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 aquel a quien se atribuye el acto o la ley atacados.

4. Las declaraciones sobre inconstitucionalidad tienen efectos *erga omnes* o *absolutos*.”²³

5. Los razonamientos en los cuales apoya su determinación definitiva, atienden más a razonamientos políticos de oportunidad y no tanto jurídicos, por tanto, su carácter será de tipo subjetivo. El órgano político juzga a la ley.

6. El control puede llevarse a cabo bien a petición de parte o de manera oficiosa.

7. Los integrantes del órgano político controlador no necesariamente deben tener conocimientos técnicos para comprender cuestiones de derecho.

2.1.2 EL CONTROL POR ORGANO JURISDICCIONAL.

Con Hans Kelsen se inicia una nueva etapa en los sistemas de control de la constitucionalidad, al igual que Schmitt y su “*La Defensa de la Constitución*”, Kelsen plasma sus ideas en varias obras, entre las que destacan “*La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*”, “*¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*” etcétera, y materializa éstas ideas en la Constitución austriaca de 1920, en la cual se da una de las aportaciones más grandes al constitucionalismo moderno, nos referimos a la instauración de los Tribunales Constitucionales.

²³ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, EL JUICIO DE AMPARO, *Op. Cit.*, Pág. 155.

Kelsen manifiesta que el control de la constitucionalidad era una tarea que debía ser encomendada a un órgano de naturaleza jurisdiccional, el cual era precisamente el Tribunal Constitucional. Hans Kelsen responde al argumento que esgrimía Schmitt en el sentido de manifestar que encomendar ésta función a órganos jurisdiccionales era tanto como "*polítizar a la justicia*" arguyendo que esa postura era un mero pensar ideológico, de lo que se trataba era de "*judicializar a la política*".

"Por supuesto que el pensamiento kelseniano no se agota en dichos ensayos, pues estos no son mas que las inquietudes que surgieron en el contexto de vertebrar la flamante Austria republicana, un modelo de control constitucional que esté alejado del sistema político y del sistema norteamericano. A ello se suma, como veremos luego, que el Tribunal Constitucional, que fue fruto de la capacidad heurística y creativa del sabio austriaco, se agrega una nota importante: él mismo fue su primer magistrado constitucional. En suma, KELSEN, recapitulando, crea en la constitución austriaca un órgano jurisdiccional *ad hoc* para impartir justicia constitucional: el Tribunal Constitucional; fue a su vez magistrado de dicho tribunal, incluso se le otorgó membresía de ser magistrado vitalicio; y, años después, cuando el terreno estaba lo suficientemente fértil y maduro, publica su magistral ensayo sistematizando en forma precisa las ideas y los perfiles de la Corte Constitucional austriaca, que sin proponérselo, a la larga sería el paradigma de la jurisdicción constitucional "concentrada", "austriaca" o "kelseniana"."²⁴

La idea de Kelsen, de encomendar esta función a un órgano *ah hoc*, se basó en gran medida, en la división que el jurista austriaco hizo sobre los diversos conflictos que en un Estado se podían presentar, y cuya solución correspondía al ámbito judicial, esta división versa sobre la idea de que existe una *jurisdicción constitucional* y una *jurisdicción ordinaria*. Kelsen señalaba que las cuestiones que se ponían al discernimiento de un juez en materia civil o penal, eran obviamente diversas de aquellas controversias que se podían presentar en tratándose de

²⁴ ETO CRUZ, Gerardo, JOHN MARSHALL Y LA SENTENCIA MARBURY VS. MADISON en: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador), DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, 4^o edición, México, editorial Porrúa, 2003, Pág. 88, (TOMO I).

cuestiones constitucionales, por tanto, sería un error encomendar estos conflictos constitucionales a jueces con competencia exclusiva en materia ordinaria o común, de ahí la necesidad de crear un órgano especializado encargado de dilucidar todas las cuestiones que en materia constitucional se pudieran presentar, así surge la figura del Tribunal Constitucional, órgano de carácter jurisdiccional encargado de la salvaguarda de la Constitución.

No obstante lo anterior, según Pablo Pérez Tremps, la idea de una jurisdicción constitucional no es una cuota directa del genio austriaco, pues tal idea ya brillaba en las constituciones austro-húngara y alemana de finales del siglo XIX. “Las constituciones austro-húngara de 1869 y alemana de 1871 abrieron paso a la denominada *Staatsgerichtsbarkeit* o jurisdicción constitucional de resolución de conflictos entre órganos del Estado, que ya tenía su antecedente en el Tribunal del Imperio...La jurisdicción constitucional que se fragua durante la segunda parte del XIX desembocará en dos puntos diversos: por un lado la organización de la justicia constitucional en la Constitución de Weimar y por otra la construcción de Hans Kelsen, plasmada en las Constituciones de Checoslovaquia y Austria de 1920, y deudora, como el mismo Kelsen reconoce, de la experiencia histórica del Tribunal del Imperio.”²⁵

Como podemos observar del contenido de los párrafos precedentes, con Kelsen no sólo se inicia la idea de depositar el control de la constitucionalidad en un órgano jurisdiccional, sino que con ello nace otro paradigma que en materia de los sistemas de control existen, me refiero al nacimiento del sistema del control de la constitucionalidad concentrado, también llamado, sistema europeo, austriaco, o kelseniano, denominaciones todas, que hacen mérito al icono de la escuela vienesa. Este sistema nace en oposición al sistema difuso propio de los países anglosajones, al cual en otra parte de la investigación ya nos hemos referido, sistemas ambos que encomiendan el control de la constitucionalidad a un órgano de naturaleza jurisdiccional, pero que, no obstante este punto característico que los vincula, al entrar al estudio pormenorizado de cada uno, encontramos

²⁵ PEREZ TREMP, Pablo, ESCRITOS SOBRE JUSTICIA CONSTITUCIONAL, México, editorial Porrúa, 2005, Págs. 31 y 32.

marcadas divergencias dignas de resaltar. Antes de entrar al estudio del sistema difuso y concentrado, permítasenos concluir esta primera idea planteada, enlistando los puntos que caracterizan a un sistema de control de la constitucionalidad por órgano jurisdiccional, son los siguientes:

“1. La protección constitucional se confiere a un órgano judicial con facultades expresas para impartirla, o se ejerce por las autoridades judiciales en observancia del principio de supremacía de la Ley Fundamental;

2. La petición de inconstitucionalidad incumbe a cualquier gobernado que mediante una ley o un acto de autoridad *stricto sensu* sufre un agravio en su esfera jurídica;

3. Ante el órgano judicial de control se substancia un procedimiento contencioso (juicio o proceso) entre el sujeto específico agraviado y el órgano de autoridad de quien proviene el acto (*lato sensu*) que se impugne, o bien dentro de los procedimientos judiciales comunes, la autoridad ante la que se ventilan, prescinde de la aplicación u observancia de la ley o acto *stricto sensu* que se haya atacado por inconstitucional por el agraviado;

4. Las decisiones que en uno y otro caso de los apuntados anteriormente emite el órgano de control, sólo tienen efectos en relación con el sujeto peticionario en particular, sin extenderse fuera del caso concreto en relación con el cual se haya suscitado la cuestión de inconstitucionalidad.”²⁶

5. Los razonamientos en los cuales apoya su determinación definitiva serán netamente razonamientos jurídicos basados en la ley, por consiguiente su carácter será de tipo objetivo. El órgano judicial juzga conforme a la ley.

6. El control sólo puede llevarse a cabo a petición de parte, de manera oficiosa no puede examinar la constitucionalidad de una ley o de un acto.

7. Los integrantes del órgano jurisdiccional controlador, deben tener conocimientos técnicos para comprender cuestiones de derecho y ejercer adecuadamente su función.

En síntesis, el control de la constitucionalidad históricamente se ha encomendado a dos tipos de órganos:

²⁶ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, EL JUICIO DE AMPARO, *Op. Cit.*, Págs. 155 y 156.

1. Órgano de naturaleza política, y
2. Órgano de naturaleza jurisdiccional.

El control de la constitucionalidad ejercido por un órgano de naturaleza jurisdiccional se ha dividido a su vez, en dos sistemas:*

- a) El sistema difuso, y
- b) El sistema concentrado.

En las páginas siguientes nos abocaremos al estudio de éstos dos sistemas, iniciando con el sistema difuso de control de la constitucionalidad, pues históricamente fue el que surgió primero.

1. El sistema difuso de control de la constitucionalidad.

El sistema difuso de control de la constitucionalidad se inicia formalmente con la sentencia del juez Marshall en el caso *Marbury vs Madison*, en la cual se consagran los principios estructurales que le dan vida a este sistema difuso, como son: la supremacía constitucional; la rigidez constitucional; la *judicial review*; y la llamada doctrina del precedente o *stare decisis*, digo que con ésta resolución se da el nacimiento formal de éste sistema, pues desde los estudios de Edward Coke en Inglaterra, pero sobre todo con los ensayos de Hamilton que junto con otros escritos conforman *El Federalista*, se inician los prolegómenos de éste sistema controlador.

García Belaunde se expresa en el mismo tenor que el nuestro al señalar que: “La jurisdicción constitucional, tal como la conocemos hoy en día, se remonta en realidad, a principios del siglo XVII, cuándo el célebre juez EDWARD COKE, en el caso del Dr. THOMAS BONHAM (1610) afirmó que el derecho natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey, sentando así las bases de lo que posteriormente sería el control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Por cierto, ésta postura de COKE, fuertemente anclada en el pensamiento jusnaturalista, fue ampliamente conocida por los abogados de las colonias inglesas de ultramar, que la desarrollaron y utilizaron en toda su amplitud, a tal

* Hacemos esta clasificación concientes del surgimiento de nuevas corrientes que señalan la existencia de un sistema mixto o híbrido del control de la constitucionalidad, en cuando que en él convergen elementos característicos tanto del sistema difuso como del concentrado, no obstante, en el presente trabajo nos limitamos al estudio de los dos sistemas clásicos existentes, pues son los que revisten mayor importancia para la continuación de nuestra investigación.

extremo que, si bien es discutible que COKE haya creado el control de constitucionalidad de las leyes, le dio sus elementos básicos y suministró a las colonias un sólido sustento jurídico, que, según acertada opinión de B. SCHWARTZ, contribuyó a crear las bases del Derecho Constitucional de los Estados Unidos.”²⁷

Los principios estructurales del sistema difuso son:

- a) La supremacía constitucional;
- b) La rigidez constitucional;
- c) La *judicial review*, y
- d) La doctrina del precedente ó *stare decisis*.

El punto característico de este sistema, radica en el hecho de que la función de verificar la constitucionalidad de las leyes –esencialmente- se deposita en todos los jueces, es decir, cualquier juez en los casos concretos que ante ellos se plantean, puede aplicar los preceptos constitucionales con preferencia a las leyes ordinarias que rigen el acto, si considera que éstas últimas contravienen a la primera, pues de ésta manera se consagra la supremacía constitucional. Se llama difuso, pues la función del control de la constitucionalidad está disperso en todos los jueces.

“Este sistema también se conoce como “americano” porque comenzó a practicarse en los Estados Unidos de América, donde subsiste. Sus orígenes no figuran en el resultado de la actividad jurisdiccional, sino en la doctrina*. Entre octubre de 1787 y mayo de 1788, en tres periódicos de Nueva York se publicó un total de 77 artículos por parte de tres autores –Alexander Hamilton, John Jay y James Madison-, quienes comentaron la estructura y el contenido de la

²⁷ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, México, editorial FUNDAp, 2004, Pág. 29.

* No compartimos éste razonamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de afirmar que los orígenes del sistema difuso no figuran en el resultado de la actividad jurisdiccional, sino en la doctrina, situación que a nuestro parecer es totalmente al revés. A diferencia del sistema concentrado que encontró su nacimiento en la doctrina, especialmente en la mente y en la pluma del gran jurista Hans Kelsen, para posteriormente ser institucionalizado en la Constitución austriaca de 1920, el sistema difuso, que si bien es cierto encuentra sus prolegómenos en los ensayos que componen *El Federalista*, su instauración formal – como la misma Corte reconoce- se dio con la sentencia del juez Marshall en el asunto Marbury vs. Madison, es decir, tuvo su nacimiento –cuando menos formal- en la actividad jurisdiccional, como lo es el dictado de una sentencia, más que en la doctrina.

Constitución recién creada. La reunión de estos artículos –junto con otros ocho- en forma de libro apareció bajo el título de *El Federalista*...

Formalmente, el control difuso nació al fallarse el caso *Marbury vs. Madison*. John Marshall, Presidente de la Corte a la sazón y encargado de redactar la sentencia, aclaró que el deber del juez estadounidense consistía en preferir la Constitución a cualquier otra ley, dado que aquella controlaba todos los actos del Legislativo. Permitir la eficacia de una norma inconforme con el texto del que debía haber provenido, implicaba destruir el principio de supremacía constitucional y, en consecuencia, acotar las libertades civiles. Así, al estudiar un caso concreto que vinculaba una ley afectada de inconstitucionalidad, los jueces debían inaplicarla...

Se trata de un tipo de control que permite a cualquier juez, sin importar su fuero, defender la regularidad constitucional de las leyes. En otras palabras, todo juez debe, ante un caso concreto, inaplicar una ley inconstitucional y fallar mediante una sentencia con efectos relativos, es decir, vinculantes solo para las partes en conflicto...”²⁸

Resulta conveniente, y atendiendo a un orden meramente cronológico, realizar la explicación de algunos postulados de Hamilton, para ver como influyeron en Marshall y desde luego, en la consolidación del sistema difuso. “Las ideas expuestas en *El Federalista*, aparecieron primero como artículos de polémica en diarios de Nueva York. Fueron 85 artículos escritos por HAMILTON; 29 por MADISON, y 5 por JAY. Y, en realidad, fueron escritos con el objeto de defender la Constitución.

El planteamiento de HAMILTON, MADISON y JAY que sirviera de fundamento a MARSHALL, lo encontramos en el artículo de HAMILTON que aquí se transcribe *in extensu*:

El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento de que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será

²⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2ª edición, México, editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, Págs. 42, 43 y 44.

superior a aquella de quien proceden los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansa.

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. **Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido.** Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que estos no permiten, sino incluso lo que prohíben.

Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su *voluntad* a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a la autoridad. **La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria,** la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y en donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se haya en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse con la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que las que no lo son.

El ejercicio del arbitrio judicial, al decidir sobre dos leyes contradictorias, se ilustra con un caso familiar. Sucede con frecuencia que existen dos leyes que se oponen en todo o en parte, ninguna de las cuales contiene una disposición o expresión derogatoria. En semejante caso les corresponde a los tribunales esclarecer y fijar su significado y su alcance. Si es posible que un interpretación razonable las concuerde y armonice, la razón y el derecho aconsejan de consuno que así se haga; pero si ello es impracticable, se impone la necesidad de aplicar una con exclusión de la otra. La regla que ha prevalecido en los tribunales para determinar la validez relativa de las leyes dispone que la última en tiempo sea preferida a la anterior. Pero se trata de una simple regla

de interpretación, que no deriva de un precepto positivo, sino de la naturaleza de las cosas y de la razón. Esta regla no está impuesta a los tribunales por alguna disposición legislativa, sino que ha sido adoptada por ellos, considerándola conforme a la verdad y la utilidad, con el objeto de normar su conducta en su calidad de intérpretes de la leyes. Les pareció razonable que entre dos actos incompatibles de una autoridad de *igual* gozase de primacía la que representaba la última irradiación de su voluntad.”²⁹

Del ensayo de Hamilton apenas transcrito, encontramos dos de los lineamientos antes apuntados, que son: la supremacía constitucional y la *judicial review* o revisión judicial, lo que en otras palabras significa, que las cuestiones de constitucionalidad, deben ser del conocimiento de los jueces, de todos los jueces.

Por lo que hace a Marshall y su sentencia, podemos señalar que los principales razonamientos vertidos en la misma, son los siguientes:

“Además, en el célebre fallo del caso “Marbury vs. Madison”, *Marshall* vierte los siguientes conceptos contundentes y definitivos sobre el principio de supremacía constitucional: “Los poderes del Legislativo quedan definidos y limitados, y para que esos limites no puedan equivocarse ni olvidarse, fue escrita la Constitución...” **“La constitución controla a cualquier acto legislativo que le sea repugnante; pues de no ser así, el Legislativo podrá alterar la Constitución por medio de la ley común...”**, el acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley...” “los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, y entonces la Constitución y no tal ley ordinaria tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables.”.³⁰ Aquí yace el tercer lineamiento que sustenta al sistema difuso, es decir, la rigidez constitucional.

Finalmente, el cuarto lineamiento lo constituye la doctrina del precedente o *stare decisis*, el maestro Covian señala que “Este término es una expresión abreviada de la expresión completa “stare decisis et non quieta movere” la cual significa “estar a lo decidido y no mover lo que está establecido”...”³¹, la doctrina del precedente consiste en que “...aún cuando una declaración de

²⁹ ETO CRUZ, Gerardo, *Op. Cit.*, Págs. 50, 51 y 52. (las negritas son del suscrito.)

³⁰ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO, *Op. Cit.*, Pág. 360.

³¹ COVIAN ANDRADE, Miguel, LA SUPREMA CORTE Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DIEZ AÑOS DE FALLAS E IMPRECISIONES, *Op. Cit.*, Pág. 15.

inconstitucionalidad haya tenido, en principio, efectos solo para los contendientes, con el paso del tiempo, en virtud de su invocación en otros asuntos similares, adquiera eficacia general. Sin embargo, ningún juez está obligado a considerar un determinado precedente para fundar sus propios razonamientos, de ahí que aquél pueda ser superado por otro que, a su vez, produzca efectos hacia el futuro temporal y espacialmente.”³², por consiguiente “...stare decisis es solamente una regla de decisión presumible. Los jueces americanos, en todo caso, pueden modificar –como así ocurre- el precedente anterior.”³³

En concreto, las características de un sistema difuso son:

“1.- El sistema es “difuso”, porque cualquier juez puede controlar la constitucionalidad.

2.- Ésta se plantea por vía incidental, de excepción o indirecta.

3.- Los alcances de la resolución se limitan al caso concreto.

4.- Rige el principio de “stare decisis”.

5.- Una corte suprema se pronuncia en última instancia sobre la constitucionalidad, emitiendo jurisprudencia obligatoria para los demás jueces.”³⁴

6.- “Por lo que respecta a los medios de control, en el sistema “difuso” se emplea el único que existe –Amparo unitario o disgregado en *habeas corpus*, *habeas data*...”³⁵

2. Sistema concentrado de control de la constitucionalidad.

Como ya antes lo hemos apuntado, el sistema concentrado nace con Hans Kelsen y la instauración de un Tribunal Constitucional, se llama concentrado, pues la función de velar por la salvaguarda de la Constitución se concentra en un único órgano que es precisamente el Tribunal Constitucional.

“La idea primigenia de este sistema viene de Kelsen, quien desde las primeras décadas del siglo XX sostenía lo siguiente:

Se plantea entonces la cuestión de a quien deba facultar la constitución, para resolver si, en un caso concreto, sus normas fueron respetadas...Si la

³² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Op. Cit.*, Págs. 44 y 45.

³³ ETO CRUZ, Gerardo, *Op. Cit.*, Pág. 59.

³⁴ COVIAN ANDRADE, Miguel, LA SUPREMA CORTE Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DIEZ AÑOS DE FALLAS E IMPRECISIONES, *Op. Cit.*, Pág. 15.

³⁵ *Ibidem.*, Pág. 17.

Constitución autoriza a cualquiera a resolver esta interrogante, apenas si podría contarse con leyes obligatorias para los sujetos y órganos de derecho. Si es menester impedir tal situación, la Constitución solo puede autorizar a un determinado órgano en ese respecto.

De estas ideas nació el sistema de control concentrado y el Tribunal Constitucional como órgano especializado en la realización de dichas tareas.”³⁶

El autor Gil Rendón señala que: “*El sistema austriaco de justicia constitucional*, llamado así porque surge de la constitución austriaca de 1920, que redactara Kelsen, la que se caracteriza principalmente por encargar a la Alta Corte Constitucional el asegurar, como Tribunal Judicial Especial, el respeto a la Constitución, tanto por el legislador, como por la administración, como única y suprema instancia, y por ello se califica como concentrado. Se plantea por la vía principal o de acción por los órganos del Estado afectados por el ordenamiento inconstitucional, siendo la decisión constitutiva, en cuanto que la ley queda abrogada a partir del momento en que se publica la decisión de inconstitucionalidad, y sus efectos son generales pues valen para todos.”³⁷

Es necesario hacer algunos comentarios sobre las palabras del autor Gil Rendón, en primer lugar, en un sistema concentrado -como adelante lo veremos- el control sobre normas o actos puede ser de carácter abstracto o concreto, en el caso de un control abstracto, se impugna la norma o el acto *per se*, no se requiere de la aplicación la misma a un caso concreto, por tanto, no se requiere tampoco una afectación directa que pueda constituir un interés jurídico, por consiguiente resulta inexacta la aseveración del autor en el sentido de manifestar que la inconstitucionalidad de un acto se plantea por el *órgano del Estado afectado por el ordenamiento inconstitucional*, pues esa afectación puede o no existir en un sistema concentrado; por otra parte, tampoco resulta del todo cierta su afirmación de que *la ley queda abrogada a partir del momento en que se publica la decisión de inconstitucionalidad*, pues la resolución del tribunal constitucional -y máxime

³⁶ URIBE ARZATE, Enrique, EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO, México, editorial Cámara de Diputados LIX Legislatura y Universidad Autónoma del Estado de México, 2006, Pág. 110.

³⁷ GIL RENDÓN, Raimundo, *Op. Cit.*, Pág. 33.

desde el punto de vista kelseniano, en el que precisamente se apoya el autor comentado- no trae aparejada la *abrogación* de la ley inconstitucional, simplemente ésta se deja de aplicar, se deja sin efectos –supuestos que son distintos a la abrogación, al menos en un sentido estrictamente formal- pero no se abroga a partir del momento de la publicación de la inconstitucionalidad de la norma, pues ésta es una función del Poder Legislativo, no del Tribunal Constitucional, que en éste caso solo actúa como un *legislador negativo*, dejando intacta la esfera competencial del legislador para elaborar una nueva normatividad, que no adolezca de los vicios de aquella cuyos efectos han quedado destruidos.

“El control concentrado se deposita en un solo órgano con integración y funciones específicas, que además no forma parte de alguno de los poderes. En este sistema, a diferencia del americano, si existe un contencioso constitucional. Mientras que el control difuso se produce con independencia del tipo de conflicto sometido al conocimiento de un juzgador, en el sistema concentrado, el asunto debe ser del orden constitucional. Asimismo, es abstracto, pues los casos a resolver por el Tribunal Constitucional no entrañan una controversia jurídica entre dos partes. De hecho, el tribunal, se limita a declarar, con efectos generales, si una ley se adecua o no, a los postulados de la Constitución, previo estudio de medios procesales o procedimentales que sólo pueden promover órganos políticos.”³⁸

Del párrafo previo, se desprenden algunos rasgos característicos del sistema concentrado, pero podemos condensarlos de la siguiente manera:

“1.- El sistema es concentrado, pues la cuestión de constitucionalidad la pronuncia un solo tribunal, estando limitado el número de instancias que puedan plantearla.

2.- Normalmente se presenta la impugnación sobre la constitucionalidad por vía directa o de acción, sin excluir algunos casos de vía de excepción.

3.- Los alcances del pronunciamiento tienen efectos *erga omnes*.

4.- No rige el principio de *stare decisis*, por lo que

³⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Op. Cit.*, Pág. 46.

5.- Debe ser un sólo tribunal el que emita la resolución obligatoria para todos los casos.”³⁹

6.- En el sistema concentrado “...se diseñan diversos medios o recursos de control, estructuralmente adecuados para eliminar los efectos de las determinaciones anticonstitucionales, dependiendo de la naturaleza –general o particular- de cada una de ellas.”⁴⁰

En los párrafos precedentes encontramos uno de los puntos que permitirán el desarrollo de nuestra investigación, una de las características más importantes del sistema concentrado, es que existen tantos medios de control como actos sujetos al mismo, en éste sentido, basándonos en la obra del maestro Covían ya citada, podemos señalar que los medios de control de la constitucionalidad que encuentran lugar en un sistema concentrado, son los siguientes:

1. El recurso de anticonstitucionalidad o control abstracto sobre normas generales –leyes, tratados internacionales, reglamentos, etc.-;
2. La cuestión de anticonstitucionalidad o control concreto de normas generales;
3. Los conflictos entre órganos constituidos;
4. Las controversias constitucionales;
5. Los conflictos entre órganos constituidos diferentes a los comprendidos en los medios anteriores;
6. Un recurso para la tutela de derechos individuales;
7. Un recurso para la protección de derechos políticos, y
8. Un recurso para la salvaguarda de sociales.

A nosotros nos interesa el medio de control mencionado en el numeral “1” llamado por el maestro Covían “recurso de anticonstitucionalidad”*, el cual es el

³⁹ COVIAN ANDRADE, Miguel, LA SUPREMA CORTE Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DIEZ AÑOS DE FALLAS E IMPRECISIONES, *Op. Cit.*, Pág. 17.

⁴⁰ *Ibidem.*, Págs. 17 y 18.

* Un punto que consideramos importante aclarar, es la denominación de este medio de control, aún cuando el maestro Covían lo llama *recurso de anticonstitucionalidad*, consideramos que lo correcto es llamarle *acción de anticonstitucionalidad*, pues el término *recurso*, alude a un instrumento procesal que siempre depende de una acción principal de la cual deriva, es decir, el recurso tiene un carácter meramente instrumental, no principal, en cambio, la *acción* es del mismo modo una figura procesal pero de carácter autónoma, en el caso que nos concierne, el acto por virtud del cual se impugna un norma en abstracto, por considerarla anticonstitucional, consiste en una verdadera acción, en tanto que el punto a resolver –la constitucionalidad o

medio idóneo para impugnar normas generales, entre ellas los tratados internacionales, a través de un control abstracto. Lo interesante de éste medio de control abstracto, es que se puede llevar a cabo después de la publicación de la norma, constituyendo un control *a posteriori*, o bien, antes de la aprobación de la misma, configurando el control *a priori* o previo de la constitucionalidad de normas generales como pueden ser los tratados internacionales.

“El control abstracto funciona en primera instancia como un recurso contra leyes, entendidas éstas en relación con su rango normativo. En estos procesos se impugnan normalmente tanto vicios formales como materiales derivados del proceso de creación de la norma. En consecuencia, la resolución del tribunal que determine la inconstitucionalidad de la norma establece también los límites y el alcance de los efectos jurídicos de la norma en relación con su aplicabilidad...

La existencia de la contradicción o incompatibilidad será determinada por el órgano competente, por lo que basta con que la inconsistencia sea aparente para solicitar la revisión de la norma. El control abstracto implica impedir que en el caso de aplicación de las normas se produzca un conflicto normativo, por lo que se puede sostener que no resuelve un conflicto en relación con un caso particular, sino que evita que se verifique al eliminar la norma inconstitucional.”⁴¹

Como podemos ver, a través del control abstracto de normas, se pueden impugnar las mismas antes o después de su entrada en vigor, se llama control abstracto en virtud de que se impugna a la norma como tal, sin ser necesaria la aplicación de la misma a un caso concreto, por tanto la existencia y exigencia de un interés jurídico para su procedencia se hace inexistente. Acerca del control abstracto y de la acción –también llamado recurso- de anticonstitucionalidad, como el medio para llevarlo a cabo, algunos autores refrendan la postura que hemos asumido.

no de una norma- no se desprende de una controversia o conflicto principal, sino que es la controversia misma. En síntesis, la denominación correcta de éste medio de control abstracto de normas generales –según nuestro parecer- es el de *acción de anticonstitucionalidad*.

⁴¹ OROZCO GOMEZ, Miguel, PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES: CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD, México, editorial Porrúa, 2004, Pág. 21.

Covían Andrade dice que: “El recurso de anticonstitucionalidad es el medio de control adecuado para verificar la constitucionalidad de las normas generales, de manera directa, sin necesidad de esperar a que se apliquen, existiendo la posibilidad de revisarlas antes de su publicación –control *a priori*- o después de su publicación –control *a posteriori*-. Al presentar este recurso se plantea la anticonstitucionalidad de la norma general, la cual se considerará violatoria de algún precepto constitucional o de varios...”⁴²

Orozco Gómez manifiesta que: “El control abstracto puede verse como un control de carácter preventivo o *a priori*, lo cual es posible en virtud del principio de supremacía de la Constitución frente a las leyes. Se trata de un control directo, ya que la norma fundamental establece un autocontrol, circunscribiendo la actuación de los órganos públicos a la esfera competencial preestablecida con el fin de evitar conflictos normativos o limitaciones excesivas de los derechos fundamentales. El ejercicio de esta forma de control puede ser atribuido al Poder Legislativo o bien al Judicial aún cuando su objeto sea tan solo un proyecto de ley, mas que una norma.”⁴³

Como ha quedado establecido, a través del control abstracto se puede impugnar la anticonstitucionalidad de una norma, antes de su aprobación o después de publicación. En México, el control abstracto de normas de carácter previo no existe, pero en el caso que nos compete, es decir, de los tratados internacionales, existen medios de control de la constitucionalidad abstractos y concretos, pero en ambos casos, siempre después de publicación. En efecto, en nuestro sistema jurídico existen medios de control de la constitucionalidad de carácter represivo o reparador, cuya procedencia se da una vez que el acto sujeto a control –en este caso los tratados internacionales- ha entrado en vigor, tales como el juicio de amparo, las controversias constitucionales o las acciones de inconstitucionalidad, en este contexto, tratándose de normas de carácter general, como pueden ser las leyes o los tratados internacionales, el presupuesto procesal

⁴² COVIAN ANDRADE, Miguel, LA SUPREMA CORTE Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DIEZ AÑOS DE FALLAS E IMPRECIACIONES, *Op. Cit.*, Pág. 24.

⁴³ OROZCO GOMEZ, Miguel, *Op. Cit.*, Pág. 22.

para activar estos mecanismos de control es la aplicación al caso concreto de las normas generales –juicio de amparo contra leyes hetero-aplicativas-, o bien, - como acontece en las acciones de inconstitucionalidad, o en el amparo contra leyes auto-aplicativas- la publicación o la entrada en vigor de esa norma, lo cual indica que son medios de control *ex post*, cuya publicación en el medio oficial ya se ha realizado, o lo que es lo mismo, el acto sometido a control ya forma parte de nuestro sistema jurídico, ya está surtiendo sus efectos de pleno derecho; situación ésta que resulta de relevancia jurídica indiscutible, pues la problemática que representa el hecho de que una ley o un tratado internacional después de su entrada en vigor sea objeto de una declaratoria de inconstitucionalidad, trae consigo una serie de responsabilidades para los órganos encargados de la creación y publicación de éstas normas generales, si el medio de control es el juicio de amparo, el efecto de la declaración de inconstitucionalidad de la norma será su inaplicación o desapplicación al caso concreto, lo mismo si el medio de control son las controversias constitucionales, salvo que la resolución que en su caso se dicte, sea adoptada por lo menos por ocho votos de los ministros del pleno de la Corte Suprema –único encargado de resolver éste último medio de control de la constitucionalidad- en cuyo caso la declaración de inconstitucionalidad tendrá efectos generales, es decir, la invalidez de la norma general violatoria de la Constitución, en este contexto, resulta evidente el vacío jurídico existente, en cuanto a la carencia de un mecanismo preventivo del control de la constitucionalidad de las normas.

Al control previo de la constitucionalidad lo podríamos conceptualizar como *un medio de control de la constitucionalidad por medio del cual se verifica la conformidad, tanto formal como material, de una norma de carácter general con la Constitución, antes de que el acto sujeto a control sea aprobado y forme parte de un sistema jurídico.*

El control previo se convierte así, en un requisito de existencia de una norma general. En algunos sistemas que han implementado ésta forma de verificación de constitucionalidad, se lleva a cabo respecto de varios cuerpos normativos, a

nuestra consideración, éste medio de control debería practicarse en los siguientes supuestos:

1. En los procesos de reformas constitucionales.
2. En los procesos de creación de los tratados internacionales.
3. En los procesos de formación de las leyes –en un sentido formal-.
4. En los procesos de reformas a las constituciones locales y al Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.

En México los medios de control de la constitucionalidad de los tratados internacionales son tres, todos de carácter *a posteriori*:

1. El juicio de amparo;
2. La acción de inconstitucionalidad, y
3. Las controversias constitucionales.

Tanto el juicio de amparo como las controversias constitucionales son medios de control concreto, en virtud de que en ambos casos se requiere la aplicación de una ley o un acto a un caso concreto, que cause un agravio personal y directo, o bien que sea invasor de una esfera competencial, según sea el caso, en cambio, la acción de inconstitucionalidad es un medio de control abstracto de normas, que procede una vez que ya se ha publicado en el Diario Oficial de la Federación, sin necesidad de su aplicación a un caso concreto.

En la parte subsiguiente de nuestra investigación nos dedicaremos al estudio de estos tres mecanismos de control de la constitucionalidad, enfocándonos básicamente a su operatividad en el caso de los tratados internacionales; en el capítulo tercero estudiaremos al control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales en aquellos países que ya lo han implementado, y en capítulo final, daremos a conocer nuestra proposición final concreta, señalando como debería operar en control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales en nuestro país. Pero antes de ello, resulta necesario estudiar al objeto de ese control del que hemos venido hablando, nos referimos al poder político.

2.2 EL PODER POLITICO.

Al definir al control de la constitucionalidad, dejamos bien marcada la idea de que al ser básicamente el control de la constitucionalidad la función por la cual un órgano competente verifica la conformidad o correspondencia de un *acto* con la Constitución, el acto cuya constitucionalidad se va revisar, consiste precisamente en el objeto o materia del control, que a su vez, es en esencia, el poder político, materializado en forma de *actos*, pero no cualquier clase de actos, sino actos emanados de los *detentadores formales del poder político*.

Utilizamos la expresión *detentadores formales del poder político*, para distinguirlos de los *detentadores fácticos* del mismo,* en virtud de que estos últimos también detentan –y en ocasiones en mayor medida que los detentadores formales– poder político, pero sus actos no están sujetos al control de la constitucionalidad.

En este mismo sentido, Karl Loewenstein manifestaba que: “La realidad del proceso del poder sugiere establecer una pragmática distinción entre aquellos órganos estatales que detentan y ejercen el poder en virtud de una investidura constitucional –esto es, los detentadores del poder oficiales, legítimos, visibles exteriormente- y aquellos que de manera no oficial, indirecta y frecuentemente extraconstitucional, influyen y configuran el proceso del poder –los detentadores del poder no formales e invisibles.

Los detentadores del poder oficiales y visibles son aquellos órganos y autoridades y correspondientes funcionarios que están encargados por la constitución del Estado...El poder político que ellos ejercen está unido al cargo, y a través solo del cargo se atribuye el dominio al detentador del mismo. En el sistema político del constitucionalismo, el poder está despersonalizado y separado de la persona...”⁴⁴

Como ya lo hemos mencionado, para este autor solo existen cuatro detentadores formales u oficiales -como él los llama- del poder político: 1. el

* *Vid. Supra.*, apartado 1.3 del Capítulo I, en el cual analizamos a los detentadores fácticos del poder, es decir, a los factores reales de poder.

⁴⁴ LOEWENSTEIN, Karl, *Op. Cit.*, Págs. 35 y 36.

parlamento; 2. el gobierno; el Poder Judicial, y 4. el electorado. Para Loewenstein, limitar el poder político es controlar el poder político, y desde luego, a sus actos mismos, la idea de que la posesión oficial del poder político deriva de un mandato expreso de la Constitución, y de que en los sistemas democráticos un rasgo esencial del poder político, consiste en que su detentación deriva de la ley, y solo se puede ejercer cuando éste se despersonaliza o institucionaliza, se resume en las siguientes citas:

“Todas las acciones consistentes en el proceso político están llevadas a cabo por personas individuales. Ninguna institución o ninguna autoridad funciona automáticamente y por sí sola, sin que se intercale la acción de una o varias de éstas personas individuales, que son las que llevan a cabo dicha función. Pero es un rasgo esencial del Estado constitucional que el ejercicio del poder político esté “despersonalizado” y que el poder aparezca en forma de institución. La despersonalización o institucionalización del poder está fundamentada en la institución o en el cargo como tal, independientemente de la persona o personas que lo ocupen y ejerzan. Una persona o varias personas ostentan el poder tan solo por que han sido jurídicamente designadas como detentadores de cierto cargo o institución. El poder no deriva de la persona, sino de la institución o del cargo para cuya ejecución se designa a una o varias personas...”

Los detentadores del poder, como detentadores de una institución existente, pueden ser, bien una persona individual –un monarca, un Presidente de Estado, un primer ministro o juez-, bien una pluralidad de personas individuales, que tendrán que cooperar, según un procedimiento determinado, en el ejercicio de las tareas asignadas a su institución –una asamblea, un gabinete, un tribunal colegiado-...”⁴⁵

Por su parte, el maestro Covían Andrade, manifiesta que la denominación “control de la constitucionalidad” es una frase resumida de “control de la constitucionalidad del poder político en cuanto a su origen, su ejercicio y sus fines”, situación que encuentra muy estrecha vinculación con la idea que Loewenstein tenía sobre el proceso político, al definirlo como las técnicas a

⁴⁵ *Ibidem.*, Pág. 234.

través de las cuales se obtiene –origen-, se ejerce –su ejercicio- y se pierde –ha cumplido sus fines- el poder político.

El maestro Covían manifiesta, en el mismo sentido previamente apuntado, que el objeto o materia del control de la constitucionalidad es el poder político, al argumentar: “Precisamente se trata del poder político, cuyas manifestaciones en las diversas etapas de su fenomenología, toman la forma de 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.

En otros términos, el 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 su origen, a su ejercicio o a sus fines, mientras que si se da el caso contrario, la decisión del detentador formal del poder será anulada por ser anticonstitucional.”⁴⁶

En nuestro país los órganos constitucionalmente legitimados para intervenir en la formación de un tratado internacional, son el Ejecutivo y la Cámara de Senadores, ambos detentadores formales del poder político, en cuanto que derivan de la propia Constitución, al tomar su base del texto fundamental, y los sujetos que los materializan, emiten en ejercicio de las facultades que la propia Constitución les atribuye para el ejercicio del poder político, *actos*, ya de manera autónoma e individual, o bien, de manera conjunta, como acontece en este último caso, con la celebración de los tratados internacionales. Los tratados internacionales son aquel *acto*, manifestación fáctica de ese poder político que la Constitución les otorga a los detentadores formales del mismo -pues derivan de la Constitución-, en los artículos 89 fracción X y 76 fracción I. Al ser el tratado internacional la manifestación fáctica del poder político, constituye al mismo tiempo el objeto o la materia del control de la constitucionalidad, que a su vez será de la competencia de otro detentador formal del poder político, quién, como hemos

⁴⁶ COVIAN ANDRADE, Miguel, LA SUPREMA CORTE Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DIEZ AÑOS DE FALLAS E IMPRECISIONES, *Op. Cit.*, Págs. 9 y 10.

visto, será un órgano jurisdiccional, a través del órgano competente según sea el caso.

2.3 ACTUALES MECANISMOS DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MEXICO.

Los actuales mecanismos que en México existen para llevar a cabo el control de la constitucionalidad de los tratados internacionales son tres, el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.*

Los tres medios de control previamente enunciados, son medios de control *a posteriori*, de ahí que varios autores les denominen medios de control represivos o reparadores, en virtud de que para la activación de estos, se requiere la publicación, la entrada en vigor de la norma, o en algunos casos su aplicación a un caso concreto, supuesto en el cual, la ley ya se aplicó, ya causó un agravio, luego entonces, el efecto de la resolución que en su caso se llegue a dictar declarando la inconstitucionalidad de la norma, tendría el efecto de reparar el daño, no prevenir el mismo, por obvias razones, y es en ello en lo que radica la ineficacia normativa de los mismos, en virtud de que por su propia naturaleza, no se podrán prevenir las violaciones que se puedan cometer a la Constitución con la aprobación de las normas generales, por ello, resulta palmaria la imperiosa necesidad de implementar el control previo de la constitucionalidad en México, respecto de aquellas normas generales que en otra parte del trabajo hemos enlistado, pero sobre todo respecto de los tratados internacionales. La urgencia de establecer éste medio de control de la constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, se justifica por el hecho de que en la actualidad podemos encontrar tratados internacionales vigentes que son contrarios al texto constitucional, y en algunos casos, violatorios de derechos fundamentales. Podemos señalar como

* Algunos tratadistas son de la opinión de que a través de las controversias constitucionales no se puede impugnar un tratado internacional, no obstante otro sector defiende tal posibilidad, al no ser este tema la cuestión principal de nuestra investigación, decidimos incluir el estudio de éste medio de control de la constitucionalidad como una forma por medio de la cual se podría atacar un tratado internacional, independientemente de que en su momento nos inclinemos por una de estas posturas, máxime que la Corte ha establecido tal posibilidad, como veremos en su momento.

ejemplos de lo anterior, al Tratado de Extradición Internacional celebrado entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y al Estatuto de Roma, mismos que, independientemente de los pronunciamientos que la Corte ha hecho sobre ellos en algunos casos concretos que se han sometido a su jurisdicción, declarando su constitucionalidad, siguen siendo cuestionados en cuanto al contenido de algunas de sus cláusulas, situación que se justifica, en nuestra opinión, por diversos factores, pero sobre todo en los cuatro siguientes: el carácter eminentemente conservador de nuestro máximo tribunal; la descarada injerencia política que hay en la resolución de éste tipo de controversias; la falta de especialización en materia constitucional de nuestra Suprema Corte en su configuración actual, y finalmente, derivado del carácter *ex post* de nuestros medios de control, dentro de cuyos márgenes se han dado las resoluciones que la Corte ha emitido sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales, las limitaciones para tener un criterio más amplio y libre, cuando están en juego intereses particulares, esto es, cuando de la resolución dependa la conservación o el cambio de una situación jurídica concreta, llámese libertad individual, envío de personas a otro país para ser procesadas, el patrimonio de particulares o del Estado mismo, etcétera, situaciones que en un control *a priori* dejarían de tener relevancia, pues ningún interés particular se encontraría inmerso y por tanto, ninguna afectación se podría causar al mismo con la resolución que dentro del control previo llegare a dictarse.

Los tres comparten las características de ser medios de control a través de los cuales se pueden impugnar normas de carácter general, de manera *a posteriori*, pero encuentran sus puntos distintivos, cuando nos referimos al momento o las circunstancias en las cuales la impugnación se puede llevar a cabo, y a raíz de ello, calificarlos como medios de control abstractos o concretos. En efecto, por medio de la acción de inconstitucionalidad se pueden impugnar normas generales desde su sola publicación, sin necesidad de esperar su aplicación a un caso concreto, o sin necesidad de que la norma haya producido una afectación en particular, por ello se le califica como un medio de control abstracto, pues se ataca la norma *per se*, no un acto concreto de aplicación o una

afectación a algún interés. En cambio, tanto las controversias constitucionales –en ocasiones- como el juicio de amparo, son medios de control concreto, pues se impugna por regla general, la aplicación de la norma a un caso concreto o bien un acto concreto como tal, sin que entrañe directamente la aplicación de una norma, como sucede en las controversias constitucionales.

Se podrá decir que por medio del juicio de amparo también se puede impugnar la anticonstitucionalidad de una norma desde su sola entrada en vigor, lo cierto es que en este caso, del mismo modo se tiene que acreditar un interés jurídico, aún cuando se pueda impugnar un norma con la sola iniciación de su vigencia, se debe acreditar que por medio de éste acto se lesiona el interés o derecho del gobernado.

Primeramente estudiaremos al juicio de amparo como medio de control de la constitucionalidad de los tratados internacionales, seguido el estudio por las acciones de inconstitucionalidad y finalmente daremos tratamiento a las controversias constitucionales.

2.4 EL JUICIO DE AMPARO.

El juicio de amparo, institución tan nuestra, aportación del derecho mexicano al mundo, instrumento que como decía Tena Ramírez, es casi plegaria en labios de los humildes, ha sido y es, uno de los instrumentos procesales que ha permitido una verdadera defensa de los derechos fundamentales de los individuos frente a los actos autoritarios del poder público.

El juicio de amparo es uno, que puede tramitarse por medio de dos vías, según la naturaleza del acto que se reclama. Al ser los presupuestos procesales para la activación o procedencia del juicio de garantías, numerosos y variados, situación que es atribuida sin lugar a dudas al hecho de que hasta antes de las reformas constitucionales de 1994, esencialmente al artículo 105 de la Constitución, el amparo, era el único medio de control de la constitucionalidad en nuestro país, circunstancia que justifica el hecho de que a través del juicio de garantías, se puedan impugnar tantos y tan variados actos de autoridad. En este

sentido el tratadista Héctor Fix-Zamudio ha establecido que dentro del juicio de amparo se comprenden diversos procesos, al decir: “De una manera muy esquemática podemos afirmar que en la actualidad el juicio de amparo mexicano comprende cinco procesos: A) el hábeas corpus; B) la impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes; C) el amparo contra resoluciones judiciales; D) el amparo contra actos o resoluciones de la administración pública federal y de algunas entidades federativas, y E) el amparo en materia social agraria.”⁴⁷

En efecto, dentro del juicio de amparo podemos encontrar aquellos procesos señalados por Fix-Zamudio, y es claro, que al ser el objeto de nuestra materia los tratados internacionales, y al haber quedado establecido en el capítulo anterior que por “ley” en un aspecto material ó también llamado *lato sensu*, debemos entender a todo aquel acto, que sin importar el órgano del cual emane, ni la denominación que se le de, participe de las mismas características de la ley en sentido formal, es decir, que sea general, abstracta e impersonal, y pueda causar una afectación en la esfera jurídica de los gobernados, resulta evidente que el medio con que cuentan los individuos para impugnar la inconstitucionalidad de un tratado internacional, es el juicio de amparo, en su modalidad específica del amparo contra leyes, pues según las manifestaciones que hemos realizado, los tratados internacionales son ley en un sentido material.

Antes de entrar al estudio técnico del juicio de garantías, considero importante poner en un contexto actual el funcionamiento práctico de este medio de control respecto de los tratados internacionales. Así las cosas, es dable destacar que en épocas recientes y desde luego, debido a la dinámica del entorno global actual, en el que los instrumentos internacionales cobran cada vez más y mayor importancia, la impugnación de estas convenciones supranacionales se ha acrecentado, y si bien es cierto que el juicio de amparo sigue siendo el medio más recurrido, no hay que olvidar que a raíz de la implementación de las acciones de inconstitucionalidad y de las controversias constitucionales, la asistencia a estos dos últimos medios se ha hecho cada vez más usual.

⁴⁷ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Op. Cit.*, Pág. 266.

A pesar de lo anterior, no resulta difícil hallar casos en los cuales la Suprema Corte se haya pronunciado sobre la constitucionalidad de un compromiso internacional. Podemos mencionar algunos ejemplos en los que un tratado ha sido cuestionado, entre ellos los que destacan, son, desde luego, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, (NAFTA por sus siglas en inglés), cuyo capítulo XIX, relativo a la solución de controversias, ha sido duramente cuestionado en cuanto a su regularidad constitucional,⁴⁸ los tratados en materia de extradición,⁴⁹ no son menos impugnados que el TLCAN, pues existe un variado material jurisprudencial que así lo evidencian, sobre todo el Tratado de Extradición celebrado con los Estados Unidos de América, situación entendible por la cercanía de nuestros territorios y por la dinámica socio-política en que ambas naciones se encuentran inmersas. Dos de los casos mas destacados en últimas fechas, son el tratado internacional en materia de distribución de aguas entre México y Estados Unidos, sobre todo las que dotan los ríos Bravo y Colorado, pues debido a que el Juez de Distrito que conoció del asunto determinó que los quejosos que interpusieron el juicio constitucional en contra del referido tratado, carecían de interés jurídico, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió ejercer su facultad de atracción y conocer del asunto. El otro caso es más reciente, data del trece de febrero de 2007, versa sobre la impugnación de un tratado internacional por medio del cual se atacaba la inconstitucionalidad de diversos impuestos de importación a ciertas mercancías, en este caso el Pleno de la Suprema Corte discutió catorce juicios de amparo en revisión, en los cuales se limitó a ratificar su criterio relativo a la jerarquía normativa en nuestro país, en el que concluyó, que los tratados internacionales se ubican por de bajo de la Constitución pero en un nivel superior que las leyes federales y locales.⁵⁰

⁴⁸ Al respecto se puede consultar la obra de César Carlos Garza García, *La Defensa de la Constitución*, en el cual realiza un estudio dedicado especialmente a este tema, en las páginas 151 a 163 de la obra señalada, que ya ha sido previamente citada en éste trabajo.

⁴⁹ México tiene 27 tratados bilaterales en materia de extradición celebrados con diversas naciones, sobre todo americanas y europeas. Véase: <http://www.sre.gob.mx>, consultada el viernes 28 de diciembre de 2007 a las 2:56 horas.

⁵⁰ <http://www.scjn.gob.mx>, consultada el viernes 28 de diciembre de 2007, a las 3:02 horas. (Información del Boletín del 13 de febrero de 2007.)

Visto el panorama previo, iniciemos de lleno con el estudio de éste medio de control de la constitucionalidad de los tratados internacionales. Empecemos por definir al juicio de amparo, para lo cual acudiremos tan sólo a la definición que ha hecho uno de los máximos estudiosos –si no es que el máximo de ellos- del juicio de amparo en el siglo XX, o sea, al maestro Ignacio Burgoa Orihuela. Esta situación la hacemos por dos razones, en primer lugar, para no hacer prolija nuestra exposición y no detenernos mucho en el estudio del concepto del juicio de garantías, y en segundo lugar, y atendiendo a la limitación conceptual que nos hemos impuesto, quien mejor y con más autoridad que el maestro Burgoa para definir a este medio de control de la constitucionalidad, quien lo hace del modo siguiente: “*El amparo es un juicio o proceso que se inicia por la acción que ejercita cualquier gobernado ante los órganos jurisdiccionales federales contra todo acto de autoridad (lato sensu) que le causa un agravio en su esfera jurídica y que considere contrario a la Constitución, teniendo por objeto invalidar dicho acto o despojarlo de su eficacia por inconstitucionalidad o ilegalidad en el caso concreto que lo origine.*”⁵¹

Consientes de la riqueza de conceptos que los tratadistas nos han proporcionado del juicio de amparo, hemos acudido a la que nos brinda el maestro Burgoa, por las razones previamente expuestas, no obstante, considero que este es el momento en el cual puedo dar la definición de lo que es –según mi noción- el juicio de garantías. *El juicio de amparo es un medio de control de la constitucionalidad, que procede contra actos de autoridad, cuando violan garantías constitucionales.*

En efecto, ya se ha señalado lo que es el control de la constitucionalidad*, y no hay duda de que el juicio de amparo, es un medio de control de la constitucionalidad que tiene como requisito de procedencia un acto de autoridad*, pues considero que señalar -como lo hace la propia Constitución en el artículo 103 y la legislación reglamentaria, así como algunos estudiosos de la materia- *leyes o*

⁵¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, EL JUICIO DE AMPARO, *Op. Cit.*, Pág. 173.

* Ver la parte relativa al control de la constitucionalidad, la cual tratamos al inicio de este capítulo.

* Remitimos al lector a la obra del maestro Burgoa *El juicio de amparo*, especialmente al capítulo quinto, para entender los conceptos de *autoridad* y desde luego *acto de autoridad*.

actos de autoridad, es redundante, pues las leyes también son actos de autoridad y no hay razón para hacer esta distinción, y desde luego que estos actos de autoridad deben violar las garantías constitucionales*.

Yo entiendo a las garantías constitucionales desde dos ángulos: A) garantías constitucionales en un sentido sustantivo o material, y B) garantías constitucionales en un sentido adjetivo o procesal. Por garantías constitucionales en un sentido sustantivo o material, debemos entender a todos aquellos derechos fundamentales que la Constitución establece en favor de todas las personas, de modo que tanto las *garantías individuales*, comprendidas en el Capítulo Primero de la Constitución, en sus artículos 1 al 29, son garantías constitucionales –en sentido sustantivo o material- en tanto están establecidas en la Constitución en favor de las personas como derechos fundamentales, pero también otros derechos comprendidos en el texto del pacto federal -verbigracia en la fracción IV del artículo 31- son garantías constitucionales por las mismas razones y en el mismo sentido, aún, cuando no sean de las individuales. La procedencia del juicio de amparo en ambos casos, es igual.

Las garantías constitucionales en un sentido adjetivo o procesal, deben ser entendidas en los mismos términos en que algunos estudiosos las han concebido, o sea, como aquellos instrumentos de naturaleza esencialmente procesal, que tienen por objeto preservar el orden constitucional o bien, reestablecerlo cuando este ha sido quebrantado. En ésta tesitura, el juicio de amparo es una auténtica garantía constitucional en sentido adjetivo o procesal.

En síntesis, el juicio de amparo es la garantía constitucional –en sentido adjetivo o procesal- de las garantías constitucionales –en sentido sustantivo o material-.

Habiendo quedado clara la definición del juicio de amparo, así como el hecho de que los tratados internacionales son susceptibles de impugnación a

* A este respecto el propio Ignacio Burgoa ya hablaba de la inadecuada denominación de *garantías individuales*, situación que analiza en su obra del mismo nombre. El maestro Fix-Zamudio también ha hecho algunos comentarios al respecto, hablando de *garantías constitucionales*, dentro de las cuales ubica al mismo juicio de amparo. Tampoco nos pasa de lado el hecho de que Hans Kelsen ya hablaba también de garantías jurisdiccionales, en términos similares a Fix-Zamudio, o sea, como instrumentos por medio de los cuales se mantenía ó preservaba el orden constitucional.

través del mismo, concretamente el amparo contra leyes, es menester señalar que el amparo contra leyes, se sigue a través del amparo indirecto, no obstante, los tratados internacionales se pueden impugnar también por medio del amparo directo. En este contexto, haremos primeramente el estudio del juicio de amparo indirecto o de doble instancia, para después examinar al amparo directo de única instancia, señalando en ambos casos, lineamientos esenciales y preponderantes del amparo contra tratados internacionales, pues el examen minucioso de este medio de control, contra este tipo de actos, haría más extenso el presente capítulo.

2.4.1 EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.

Es la vía, por antonomasia, para impugnar la inconstitucionalidad de un tratado internacional. Encontramos su fundamento en el artículo 114 fracción I de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mejor conocida como Ley de Amparo, el cual dispone: “ARTICULO 114. El amparo se pedirá ante el juez de distrito: I. Contra leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional, reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, u otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación, causen perjuicio al quejoso.”

El primer elemento a señalar es que éste amparo se interpondrá ante el Juez de Distrito, según el artículo 114 de la Ley de Amparo ya citado, y contra su resolución procederá el recurso de revisión según se desprende del artículo 107, fracción VIII, inciso a) de la Constitución y del artículo 83 de la Ley de Amparo, del que será competente la Suprema Corte de Justicia de la Nación atento a lo consagrado en el propio numeral 107, en la misma fracción e inciso antes señalados y en el artículo 84, fracción I inciso a) de la ley de la materia. Es importante destacar que sólo será competente para conocer del recurso de revisión cuando se ataque un tratado internacional, la Suprema Corte de Justicia

de la Nación funcionando en Pleno, no en Salas, según lo establece el artículo 10, fracción II, inciso a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Una primera particularidad del amparo contra leyes, consiste en señalar que las mismas pueden ser impugnadas por su sola entrada en vigor, o bien, después de su primer acto de aplicación. Al respecto, resulta interesante lo manifestado por el maestro Fix-Zamudio, en el sentido de que en un inicio las leyes no podían impugnarse por su sola entrada en vigor sino solo mediante su primer acto de aplicación, pues según este autor, tanto Ignacio L. Vallarta como José María Lozano, consideraban que mientras una ley no se aplicara o ejecutara, debía ser considerada como letra muerta, pues no ofendía ni causaba perjuicio a persona alguna. El autor citado describe la evolución cronológica del amparo contra leyes de la siguiente manera:

“Durante toda la vigencia de la Constitución de 1857, e inclusive en virtud del artículo 12 de la Ley de Amparo de 18 de octubre de 1919, primera que se expidió durante la vigencia de la carta federal de 1917, no se concebía que pudiese combatirse directamente una disposición legislativa inconstitucional, ni menos aún que se demandase a las autoridades que intervinieran en su expedición y promulgación, de manera que solo podía interponerse el juicio de amparo en una sola vía, la de carácter indirecto, es decir, contra el acto de la autoridad que aplicaba a un caso concreto y en perjuicio del quejoso la ley que se estimaba contraria a la carta fundamental...una segunda etapa en la evolución del amparo contra leyes se inicia con la entrada en vigor el 10 de enero de 1936 de la Ley de Amparo, promulgada el 30 de diciembre de 1935, la que invirtió el sistema que se había seguido en esta materia, al introducir la vía directa o de acción para impugnar leyes contrarias a la carta federal.

En efecto, de acuerdo con los artículo 22, fracción I, 73, fracción V, y 114, fracción I, del citado ordenamiento, que fueron complementados por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia; el amparo contra una disposición legislativa debía hacerse valer en dos instancias: la primera, ante un juez de distrito y la segunda, a través del recurso de revisión, en realidad, de apelación, ante la sala respectiva, según la materia, de la misma Suprema Corte de Justicia,

pero dirigiendo la demanda contra el acto legislativo y respecto de las autoridades que intervinieron en el procedimiento legislativo.

Surgió en esta ley de 1936 el concepto de ley autoaplicativa...Las reformas a la legislación de amparo, que se publicaron en febrero y entraron en vigor en mayo de 1951, establecieron varias innovaciones importantes en la impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes a través del juicio de amparo.

a) En primer término, se adicionó la fracción XII del artículo 73 de la Ley de Amparo, de manera que, tratándose de leyes autoaplicativas, el afectado disponía, a partir de entonces, de dos oportunidades, la primera con motivo de la entrada en vigor de la misma, dentro del plazo de treinta días a que se refería el artículo 22, fracción I, del mismo ordenamiento; y en una segunda ocasión, sino se interpusiera el amparo dentro de la primera, en el plazo genérico de quince días previsto por el artículo 21, contado a partir del primer acto de aplicación en perjuicio del quejoso...”⁵²

Una vez narrado el desenvolvimiento o la evolución del Juicio de Amparo contra leyes hasta su fisonomía actual, consagrada en el artículo 114, fracción I ya citado, debemos señalar entre otros, los numerales a que se han hecho referencia previamente, los que disponen en la actualidad lo siguiente:

“ARTÍCULO 21. El término para la interposición de la demanda de amparo será de quince días. Dicho término se contará desde el día siguiente al en que haya surtido efectos, conforme a la ley del acto, la notificación al quejoso de la resolución o acuerdo que reclame; al en que haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución, o al en que se hubiese ostentado sabedor de los mismos.

ARTICULO 22. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

I. Los casos en que a partir de la vigencia de una Ley, ésta sea reclamable, en la vía de amparo, pues entonces el término para la interposición de la demanda será de treinta días;

ARTÍCULO 73. El juicio de amparo es improcedente:

VI. Contra leyes, tratados y reglamentos que, por su sola vigencia, no causen perjuicio al quejoso, sino que se necesite un acto posterior de aplicación para que se origine tal perjuicio;...

XII. Contra actos consentidos tácitamente, entendiéndose por tales aquellos contra los que no se promueva el juicio de amparo dentro de los términos que se señalan en los artículos 21, 22 y 218.

⁵² FIX-ZAMUDIO, Héctor, ENSAYOS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO, 2ª edición, México, editorial Porrúa y UNAM, 1999, Págs. 199, 200 y 201.

No se entenderá consentida tácitamente una Ley, a pesar de que siendo impugnabile en amparo desde el momento de la iniciación de su vigencia, en los términos de la fracción VI de éste artículo, no se haya reclamado, sino sólo en el caso de que tampoco se haya promovido amparo contra el primer acto de su aplicación en relación con el quejoso.

Cuando contra el primer acto de aplicación proceda algún recurso o medio de defensa legal por virtud del cual pueda ser modificado, revocado o nulificado, será optativo para el interesado hacerlo valer o impugnar desde luego la Ley en juicio de amparo. En el primer caso, sólo se entenderá consentida la Ley sino se promueve contra ella el amparo dentro del plazo legal contado a partir de la fecha en que se haya notificado la resolución recaída al recurso o medio de defensa, aún cuando para fundarlo se hayan aducido exclusivamente motivos de ilegalidad.”

Es importante señalar, que el aludido párrafo tercero de la fracción XII del numeral 73 de la Ley de Amparo, es resultado de las reformas de 1967 a esa ley, y “Según éstas, el término de quince días para impugnar la ley al través de su aplicación no solo puede transcurrir a partir del primer acto concreto respectivo, *si no del último*. Esta hipótesis se registra en el caso de que contra el primer acto de aplicación proceda algún recurso o medio ordinario de defensa...”⁵³

Así las cosas, encontramos tres momentos para interponer el juicio de amparo contra un tratado internacional:

1. Dentro de los treinta días siguientes a su entrada en vigor, si por éste sólo hecho se causa un perjuicio;
2. Si no se interpone la demanda de amparo dentro de los treinta días aludidos, se podrá impugnar dentro del plazo genérico de 15 días a que se refiere el artículo 21 de la Ley de la materia, a partir del primer acto concreto de aplicación, y
3. Si contra ese primer acto de aplicación procediere algún recurso o medio ordinario de defensa, será optativo agotarlo o no, en el caso de que se opte por agotarlo, se podrá interponer el juicio de amparo contra la resolución que recaiga resolviendo el recurso interpuesto.

Ahora bien, en este tercer punto hay varias particularidades del amparo contra leyes que debemos destacar, en primer lugar, la parte final del tercer párrafo de la fracción XII, del artículo 73 dice: “...En el primer caso, sólo se entenderá consentida la Ley sino se promueve contra ella el amparo dentro del plazo legal contado a partir de

⁵³ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, EL JUICIO DE AMPARO, *Op. Cit.*, Págs. 228 y 229.

la fecha en que se haya notificado la resolución recaída al recurso o medio de defensa, *aún cuando para fundarlo se hayan aducido exclusivamente motivos de ilegalidad.*”, (las cursivas son nuestra), pues en efecto, aún cuando en el recurso que se interponga contra el primer acto concreto de aplicación del tratado impugnado, solo se hagan valer cuestiones de ilegalidad del mismo, esto no impide que en el juicio de amparo que se promueva, se hagan valer cuestiones de constitucionalidad, esto lo avala el maestro Burgoa al manifestar: “Debemos hacer la observación de que la oportunidad anterior para impugnar una ley por vía de amparo subsiste aunque el agraviado, al atacar los actos aplicativos de la misma mediante los recursos o medios ordinarios de defensa, no hubiere esgrimido argumentos de inconstitucionalidad de la ley, sino únicamente aducido razones de ilegalidad del acto o de los actos de aplicación.”⁵⁴

Otro aspecto importante que hay que resaltar del amparo contra leyes, es que cuando se impugne la inconstitucionalidad de una norma general, no existe la obligación de agotar los recursos o medios ordinarios de defensa que la ley nos confiera, es decir, el amparo contra leyes es una excepción al principio de definitividad. En un inicio existió el criterio de que si en la norma general que se impugnaba de inconstitucional, se establecía algún recurso en contra de la misma, éste se debía agotar, en cumplimiento del principio de definitividad, pero al mismo tiempo, al obrar en tal sentido, se consideraba que se estaba consintiendo la ley impugnada, al someterse el agraviado a los dispositivos de esa norma. Por fortuna y con motivo de las reformas antes aludidas al párrafo tercero de la fracción XII, del numeral 73 de la Ley de Amparo, se estableció que el recurso correspondiente era de interposición optativa, y en el caso de que el agraviado decidiera interponer o agotar el mismo, tal situación no daría lugar a entender como consentido el acto, es decir, como consentida la ley, pues en caso contrario, sería ilógico, antijurídico y contrario a los principios del derecho, obligar al quejoso a someterse a los dispositivos de una ley, que precisamente se niega a cumplir por considerarla anticonstitucional y violatoria de garantías. Avalan nuestros anteriores razonamientos las palabras del autor Alberto Arriaga Becerra quien sostiene lo

⁵⁴ *Ibidem.*, Pág. 229.

siguiente: “Ahora bien, cuando el quejoso decide atacar la ley desde su primer acto de aplicación, jamás se puede ver compelido a observar el principio de definitividad por lo que no existe obligación alguna de agotar los medios ordinarios de defensa y menos aún cuando estos se hayan establecidos en la propia ley reclamada, pues tal apreciación hace nugatorio el juicio de amparo contra leyes, obligando a los gobernados a consentirla, lo que de suyo contraría lo dispuesto por los artículos 107, fracción IV, de la Constitución Federal y 73, fracción XII, tercer párrafo de la Ley de Amparo.”⁵⁵

Al respecto, resulta ilustrativo el criterio jurisprudencial que a la letra se transcribe :

AMPARO CONTRA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY. RECURSOS ORDINARIOS.

Antes de acudir al amparo no existe la obligación de agotar los recursos ordinarios establecidos en la ley del acto, cuando se reclama principalmente la inconstitucionalidad de ésta, ya que sería contrario a los principios de derecho, el que se obligara a los quejosos a que se sometieran a las disposiciones de esa ley, cuya obligatoriedad impugnan, por conceptuarla contraria a los textos de la Constitución.

Una situación que tiene en particular el amparo contra leyes, es el señalamiento de las autoridades responsables, tratándose del amparo indirecto que estamos estudiando, se deben señalar como responsables en el amparo contra una ley en sentido formal, es decir, una ley emanada del Poder Legislativo, a las siguientes: 1. Cámara de Diputados; 2. Cámara de Senadores; 3. Presidente de la República; 4. Secretario de Gobernación en cuanto al refrendo, y 5. Director del Diario Oficial de la Federación, por lo que hace a la publicación de la ley.

En este mismo tenor el maestro Fix-Zamudio establece que “En esta modalidad del amparo deben señalarse como autoridades demandadas a las que hayan intervenido en el procedimiento legislativo, es decir, el Congreso de la Unión (Senado federal tratándose de tratados internacionales), legislaturas locales, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, presidente de la República, gobernadores de los estados o jefe del gobierno del Distrito Federal.”⁵⁶ Es

⁵⁵ ARRIEGA BECERRA, Hugo Alberto, PROBLEMAS ACTUALES DEL JUICIO DE AMPARO, México, editorial EJA, 2007, Págs. 75 y 76.

⁵⁶ FIX-ZAMUDIO, Héctor, ESTUDIO DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO, *Op. Cit.*, Pág. 267.

importante destacar, que según criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tratándose de leyes, el refrendo corresponde al Secretario de Gobernación y no necesariamente al Secretario del ramo de cuya ley se trate, además, también es de comentarse y sobre todo criticarse, que algunos tribunales han tomado el criterio –avalado ahora por nuestro máximo tribunal- de que tratándose del amparo contra leyes, se deben señalar como autoridades responsables a ambas Cámaras del Congreso de la Unión por separado, lo cual es sencillamente erróneo, pues una ley es una creación del Poder Legislativo – salvo aquellas excepciones que la propia Constitución establece en favor de cada una de las Cámaras (artículos 74 y 76 de la Constitución)-, el cual se conforma por dos Cámaras (artículo 50 de la Ley Fundamental), por tanto, en este caso actúan como cuerpo colegiado y no por separado, además, el Congreso de la Unión cuenta con un órgano de representación común, que será el Presidente de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados y en los recesos de éste -el Congreso de la Unión- lo será el Presidente de la Comisión Permanente, según el reglamento interno del Congreso General.

No obstante lo anterior, tratándose de los tratados internacionales, que si bien son ley en sentido material, su naturaleza es distinta al de una ley en sentido formal, por tanto, al impugnar su inconstitucionalidad en amparo bi-instancial, se deben señalar como autoridades responsables, a aquellas que han intervenido en su conformación, es decir, al Presidente de la República y a la Cámara de Senadores, sin embargo y ante los criterios disímiles de nuestros tribunales de amparo, no estaría de más señalar como responsables al Secretario de Gobernación, por lo que hace al refrendo y al Director del Diario Oficial de la Federación, en lo que respecta a la publicación del tratado en este medio oficial.

Lo anterior es por lo que respecta a un tratado o a una ley que desde su entrada en vigor causa un agravio, es decir, cuando es de naturaleza autoaplicativa, pero cuando se impugna simultáneamente la inconstitucionalidad de la ley y un acto concreto de aplicación, desde luego deben señalarse también como responsables, a aquellas autoridades que hayan aplicado la ley a un caso concreto, en este contexto, el maestro Ignacio Burgoa dice que: “Si del amparo

contra el acto aplicativo de una ley deben conocer los Jueces de Distrito, es decir, si contra tal acto procede el juicio de garantías *indirecto o bi-instancial, en la demanda respectiva deben señalarse como autoridades responsables tanto al órgano legislativo como a la autoridad que haya emitido el acto de aplicación, reclamándose simultáneamente la ley aplicada y el citado acto.*⁵⁷

Por lo que hace a este tópico, cuando mediante un juicio de amparo indirecto se impugna tanto el tratado internacional en sí mismo, como el acto concreto de aplicación, será amparo indirecto contra leyes, pero si impugnamos sólo el acto concreto de aplicación del tratado, y este acto no constituye una sentencia definitiva, la vía será también el amparo indirecto, pero no contra leyes, sobre éste tema es interesante lo que dice el autor César Garza: “Ante la inconstitucionalidad del tratado en su capítulo XIX, que es de carácter heteroaplicativo, y la resolución de un panel binacional es indiscutible que el medio idóneo para combatirla, si causa un agravio personal y directo sobre un particular, es el juicio de amparo indirecto. Lo es así porque el dispositivo de control de constitucionalidad para los particulares, sólo es ejercitable por vía del amparo contra leyes, por cuanto al tratado en si mismo nos referimos, pero que en la misma demanda podemos aducir las cuestiones de anticonstitucionalidad del acto concreto de aplicación del tratado por la autoridad responsable ordenadora y ejecutora (art. 114 frs. I y II de la Ley de Amparo). Sin embargo, si sólo se pretendiera atacar la resolución del panel binacional el medio de defensa adecuado también sería el amparo indirecto, pero no contra leyes, por impugnarse un acto definitivo no proveniente de un tribunal judicial, administrativo o del trabajo (art. 114 fr. II de la Ley de Amparo).”⁵⁸

Siguiendo con el análisis de las particularidades del amparo indirecto como vía idónea para la impugnación de los tratados internacionales, debemos señalar que los términos en éste caso siguen las reglas generales del amparo indirecto, es decir, en tratándose de un amparo indirecto que no sea contra leyes, el término que tiene la autoridad responsable para rendir su informe con justificación es de cinco días y el señalamiento de la fecha para que tenga verificativo la audiencia

⁵⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, EL JUICIO DE AMPARO, *Op. Cit.*, Pág. 237.

⁵⁸ GARZA GARCÍA, César Carlos, *Op. Cit.*, Pág. 161.

constitucional, será dentro de los treinta días siguientes al de la admisión de la demanda, pero existe una excepción, pues en el caso del amparo indirecto contra leyes que ya han sido declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el término para rendir del informe justificado será de tres días y la audiencia constitucional se realizará dentro de los diez días siguientes a la admisión de la demanda de amparo, lo anterior con apoyo en lo dispuesto por el artículo 156 de la ley de la materia que dispone: “ARTÍCULO 156. En los casos en que el quejoso impugne la aplicación por parte de la autoridad o autoridades responsables de leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia decretada por la Suprema Corte de Justicia, o en aquellos otros a que se refiere el artículo 37, la substanciación del juicio de amparo se sujetará a las disposiciones precedentes, excepto en lo relativo al término para la rendición del informe con justificación, en el cual se reducirá a tres días improrrogables, y a la celebración de la audiencia, la que se señalará dentro de diez días contados desde el siguiente al de la admisión de la demanda.”

Es importante destacar que por criterios de nuestros tribunales de amparo ya se han fijado lineamientos que guían el estudio que los jueces de distrito deben hacer en el caso de un amparo indirecto contra leyes, tal como se desprende de la siguiente tesis:

AMPARO CONTRA LEYES. TÉCNICA PARA EL EXAMEN EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO DE VIOLACIONES CONSTITUCIONALES FORMALES Y MATERIALES. Al dictar sentencia en un juicio de amparo en el que se reclaman diversos actos de autoridad, incluidos ordenamientos de carácter general por violaciones constitucionales formales y materiales, es aconsejable que el Juez de Distrito proceda bajo los siguientes lineamientos esenciales: a) precise todos los actos reclamados incluidos, de manera autónoma, las etapas de creación de una norma general que eventualmente se cuestionen por vicios propios, como serían: la expedición, el refrendo, la promulgación y la publicación de la ley, en términos de lo dispuesto en el artículo 77, fracción I, de la Ley de Amparo; b) se pronuncie en relación con la existencia y certeza de cada uno de los actos de autoridad, incluso respecto de cada una de las etapas del proceso legislativo cuestionadas; c) superado el punto anterior, debe examinar si se actualizan causas de improcedencia respecto de cada uno de los actos reclamados, de conformidad con lo señalado en el numeral 73 de la ley de la materia y, de ser procedente, decretar el sobreseimiento únicamente respecto de las autoridades a quienes se atribuya el acto o los actos del procedimiento en que se configure la hipótesis de inejercitabilidad de la acción constitucional relativa, es decir, el Juez debe pronunciarse incluso respecto de la procedencia del juicio en cuanto a cada una de las etapas del proceso legislativo que, en su caso, la parte quejosa reclame por vicios propios; d) satisfecho lo

anterior, debe identificar los conceptos de violación que se hagan valer, determinando si los vicios alegados son de carácter formal o material, examinando en principio los formales en tanto su actualización determina mayores efectos a la declaración de inconstitucionalidad y vuelve ocioso el análisis de los vicios materiales, ya que los primeros pueden determinar la inaplicación de todo el ordenamiento reclamado, mientras que los segundos, de ser fundados, sólo tendrán como efecto conceder el amparo para que no se aplique el artículo o disposición inconstitucional concreta. Sobre tales premisas, sólo en el supuesto de que las violaciones formales resulten infundadas habrá necesidad de examinar las violaciones materiales y en el supuesto de que éstas resulten fundadas en relación con ciertos artículos del ordenamiento general, la declaración de inconstitucionalidad debe limitarse a las hipótesis normativas concretas, sin que deba hacerse extensiva al proceso legislativo o a alguna de sus etapas que no fueron cuestionadas o, que habiéndolo sido, no se haya demostrado la violación de garantías.⁵⁹

Una cuestión mas que hay que estudiar en el caso concreto del amparo contra leyes, es el relativo a la suspensión del acto reclamado, incidente que por su importancia dentro del juicio de amparo, ha sido objeto de múltiples debates en cuanto a su naturaleza, no obstante, en el presente apartado estudiaremos sólo particularidades de la suspensión tratándose del amparo contra normas generales.*⁶⁰

Así las cosas, el maestro Ignacio Burgoa manifiesta que “...ésta medida cautelar sólo procede en términos generales y exclusivamente desde el punto de vista de la naturaleza del acto reclamado, contra las leyes *auto-aplicativas*, cuya idea expusimos en una ocasión precedente. Ésta consideración se apoya en la

⁵⁹ Instancia: Tribunal Colegiado de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, Novena Época, Tesis: I 15º.A.25 K., Septiembre de 2007, Página: 2482.

* En efecto, una de los principales debates que en cuanto a la suspensión del acto reclamado se ha suscitado, es por su naturaleza. Dos son las posturas más importantes, aquellos que opinan que la suspensión es una providencia cautelar y aquellos que rechazan esta postura, entre aquellos que defienden la idea de la suspensión como providencia cautelar, podemos mencionar a Fix-Zamudio y a Juventino Castro, por otro lado, el principal opositor de esta postura es el maestro Ignacio Burgoa. Por nuestra parte podemos señalar que si bien la suspensión del acto reclamado tiene los mismos efectos que una providencia cautelar –figura extraída del Derecho Civil- en cuanto a su objetivo preservador o precautorio, no puede ser considerada como tal. La suspensión del acto reclamado puede verse a nuestra consideración desde dos puntos de vista: 1 como un incidente y 2 como la consecuencia de ese incidente. La suspensión como incidente puede definirse como un juicio autónomo de carácter constitucional; la suspensión como consecuencia del incidente es aquella situación de paralización de los actos que se reclaman para que cesen los mismos y/o se mantengan las cosas en el estado que guardan hasta en tanto se resuelva el juicio constitucional. Al respecto puede consultarse la obra del maestro Burgoa *El Juicio de Amparo*, en sus páginas 711, 712 y 713, cuyos demás datos bibliográficos ya han sido anotados previamente.

⁶⁰ *Cfr.* CASTRO Y CASTRO, Juventino V., *LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN EL AMPARO*, 7º edición, México, editorial Porrúa, 2006.

circunstancia de que, cuando se trata de leyes hetero-aplicativas, es decir, de aquellas que sólo producen la afectación a través del acto concreto de aplicación correspondiente, la suspensión se concedería o negaría, en cuanto a su procedencia, en relación con la índole del propio acto *stricto sensu*. En otras palabras, en el caso de que el acto fundamental reclamado esté constituido por una ley que no sea auto-aplicativa, lo único que podrá suspenderse sería el acto concreto de aplicación que simultáneamente se combata en amparo...Ahora bien, una ley *auto-aplicativa* es, en esencia, un *acto continuo*, porque produce permanente e ininterrumpidamente sus efectos normativos...Por tanto, en atención a su naturaleza, dicha ley *jamás puede reputarse como un acto consumado*...El efecto de la suspensión que se otorgue contra una ley auto-aplicativa, consiste en impedir, para el futuro, la normación automática que establezca en relación con el quejoso, eximiéndolo de su observancia mientras se resuelva el juicio de amparo en cuanto al fondo por decisión que cause ejecutoria.”⁶¹

Finalmente debemos mencionar que los efectos de la sentencia siempre serán *inter partes*, es decir, solo involucrarán a las partes en conflicto, sin hacer una declaración general sobre la inconstitucionalidad del tratado, tal como lo establece el primer párrafo de la fracción II del artículo 107 constitucional, el cual es del tenor literal siguiente:

“ARTÍCULO 107...

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

Podemos suscribir las anotaciones que al respecto formula el maestro Arellano García, quien comenta que el amparo “Por tanto, funciona como una institución que opera para dejar sin efectos la ley inconstitucional, aunque, se limita a proteger únicamente a quien pidió amparo contra la ley. La ley no se deroga para evitar que los poderes se desequilibren y que el Poder Judicial se

⁶¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, EL JUICIO DE AMPARO, *Op. Cit.*, Págs. 716 y 717.

vuelva superior al Legislativo, solamente se deja sin efectos la ley, frente al gobernado que ejerció la acción de amparo.”⁶²

Agrega el autor citado que “El poder Judicial de la Federación controla la constitucionalidad de los actos del Poder Legislativo, como son las leyes pero, no es superior a él pues, cuando determina que una ley es inconstitucional, a través del amparo, no puede hacer declaración general de inconstitucionalidad y tampoco podrá derogar esa ley.”⁶³

En éste apartado dejamos plasmados los aspectos más relevantes del juicio de amparo indirecto, específicamente del amparo contra leyes, como vía para impugnar la inconstitucionalidad de un tratado internacional; pero además, como antes lo hemos señalado, un tratado internacional puede ser tachado de inconstitucional a través del juicio de amparo directo, como en el apartado próximo lo estudiaremos.

2.4.2 EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO.

El juicio de amparo directo o de única instancia es de la competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito según lo dispone el artículo 158 de la ley de la materia, se le llama uni-instancial, por que los que resuelven en definitiva, en única instancia, son los Tribunales Colegiados, a diferencia del amparo indirecto, del que conocen los Juzgados de Distrito, cuyas sentencias admiten una revisión ante un superior jerárquico, ya sea la Suprema Corte o bien, los mismos Tribunales Colegiados de Circuito. A pesar de lo previamente señalado, excepcionalmente una resolución de un Colegiado de Circuito puede admitir también el recurso de revisión, cuando la sentencia verse sobre la constitucionalidad de una ley, tratado, etc., o bien, haga una interpretación directa de algún artículo de la Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 107, fracción IX de la ley fundamental y el artículo 83, fracción V, de la Ley de Amparo. De este recurso de revisión, será competente el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme a lo

⁶² ARELLANO GARCÍA, Carlos, EL JUICIO DE AMPARO, 8º edición, México, editorial Porrúa, 2003, Pág. 581.

⁶³ *Ibidem.*, Pág. 587.

establecido en el artículo 10, fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

En este sentido, cuando por medio del amparo directo hagamos valer la inconstitucionalidad de un tratado internacional, contra la resolución del Colegiado existirá la posibilidad de interponer el recurso de revisión, en virtud de que se estará decidiendo en ella –la sentencia- sobre la constitucionalidad de un tratado internacional, salvo cuando la resolución del Tribunal Colegiado se hubiese fundado en jurisprudencia de la Suprema Corte.

Resulta interesante destacar, que el recurso de revisión contra la sentencia de un Tribunal Colegiado de Circuito, está inmerso en una serie de circunstancias particulares, pues para que una sentencia del Tribunal Colegiado de Circuito admita el recurso de revisión, debe entrañar la fijación de un criterio de importancia y trascendencia a juicio de la Suprema Corte y según los Acuerdos Generales que ésta emita, además, en caso de que la Corte llegue a conocer del recurso de revisión respectivo, en su resolución sólo se limitará a dilucidar las cuestiones que sean estrictamente de constitucionalidad, dejando incólumes las cuestiones de legalidad, las cuales, deberán ser resueltas por el Tribunal Colegiado de Circuito (fracción IX, del artículo 107 constitucional), resulta ilustrativa la siguiente tesis:

REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA. Los artículos 107, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 83, fracción V, 86 y 93 de la Ley de Amparo, 10, fracción III de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el Acuerdo 5/1999, del 21 de junio de 1999, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece las bases generales para la procedencia y tramitación de los recursos de revisión en amparo directo, permiten inferir que un recurso de tal naturaleza sólo será procedente si se reúnen los siguientes requisitos: I. Que se presente oportunamente; I. Que en la demanda se haya planteado la inconstitucionalidad de una ley o la interpretación directa de un precepto de la Constitución Federal y en la sentencia se hubiera omitido su estudio o en ella se contenga alguno de esos pronunciamientos; y III. Que el problema de constitucionalidad referido entrañe la fijación de un criterio de importancia y trascendencia a juicio de la Sala respectiva de la Suprema Corte; en el entendido de que un asunto será importante cuando de los conceptos de violación (o del planteamiento jurídico, si opera la suplencia de la queja deficiente) se advierta que los argumentos o derivaciones son excepcionales o extraordinarios, esto es, de especial interés; y será trascendente cuando se aprecie la probabilidad de que la resolución que se impugne establezca un

criterio que tenga efectos sobresalientes en materia de constitucionalidad; por el contrario, deberá considerarse que no se surten los requisitos de importancia y trascendencia cuando exista jurisprudencia sobre el tema de constitucionalidad planteado, cuando no se hayan expresado agravios o cuando, habiéndose expresado, sean ineficaces, inoperantes, inatendibles o insuficientes, siempre que no se advierta queja deficiente que suplir y en los demás casos análogos a juicio de la referida Sala, lo que conforme a la lógica del sistema, tendrá que justificarse debidamente.⁶⁴

A raíz de las reformas constitucionales en materia judicial, se ha pretendido que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sea un verdadero Tribunal Constitucional, dedicándose exclusivamente al estudio de cuestiones constitucionales, en ésta tesitura del sistema de competencias para el conocimiento de las revisiones en amparo directo, resulta interesante lo que comenta el autor Carlos Medina, el cual describe la influencia que en materia de competencias han tenido los Acuerdos Generales que ha emitido la Corte. "...con las reformas al artículo 94, párrafo séptimo de la Constitución, se otorgó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad para expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que compete conocer a la propia Corte, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos.

Con el objeto de que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia pudiera ejercitar sus facultades de Tribunal Constitucional y combatir el rezago, se remitieron a las Salas los amparos en revisión y amparos directos en revisión donde se analizarán problemas de inconstitucionalidad de leyes, anteriores al año de dos mil uno.

Este Acuerdo Número 2/2001 de 19 de febrero de 2001 en su Considerando Séptimo manifiesta lo siguiente:

SÉPTIMO.-Que la aplicación de los acuerdos referidos en el anterior Considerando ha permitido en gran medida el desahogo de la carga de trabajo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pero no lo suficiente para, en ejercicio de sus facultades de Tribunal Constitucional, concentrar todo su esfuerzo en el conocimiento y resolución de las acciones de inconstitucionalidad, entre

⁶⁴ Instancia: Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tesis 64/2001.

otras, leyes electorales, que por su especial naturaleza deben dictarse dentro de plazos fatales; en la atención oportuna y adecuada de las controversias constitucionales que, en determinados casos, plantean la invalidez de disposiciones o acuerdos de vigencia anual; y en dilucidar las contradicciones de tesis de las Salas y de Tribunales Colegiados, asuntos todos cuyo número se ha venido incrementando de manera considerable y que, indudablemente son de trascendencia social.

Mediante el Acuerdo 5/2001 de 21 de junio de 2002, el Tribunal Pleno reservó para su exclusivo conocimiento, en materia de constitucionalidad de leyes los siguientes casos:

TERCERO.-El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia conservará para su resolución:

I...

II. Los amparos en revisión en los que subsistiendo la materia de constitucionalidad de leyes federales o tratados internacionales, no exista precedente y, a su juicio, se requiera fijar un criterio de importancia y trascendencia para el orden jurídico nacional y, además, revistan interés excepcional, o por alguna otra causa; o bien, cuando encontrándose radicados en alguna de las Salas, lo solicite motivadamente un Ministro.

En este mismo acuerdo el Tribunal Pleno determinó emitir en materia de constitucionalidad de leyes o tratados internacionales a los Tribunales Colegiados, los que se encuentren dentro de los siguientes supuestos:

QUINTO.-De los asuntos de la competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con las salvedades especificadas en los puntos Tercero y Cuarto de este acuerdo, corresponderá resolver a los Tribunales Colegiados de Circuito:

I. Los recursos de revisión en contra de sentencias pronunciadas por los Jueces de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito, cuando:

A) No obstante haberse impugnado una ley federal o un tratado internacional, por estimarlos directamente violatorios de un artículo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o se hubiere planteado la

interpretación directa de alguno de ellos, en la sentencia recurrida no se hubiese abordado el estudio de esas cuestiones por haberse sobreseído en el juicio o habiéndose pronunciado sobre tales planteamientos, en los agravios se hagan valer causas de improcedencia.

Lo anterior se concretará sólo cuando el sobreseimiento decretado o los agravios planteados se refieran a la totalidad de los quejosos o de los preceptos impugnados, y en todos aquellos asuntos en los que la materia de la revisión no dé lugar a que, con independencia de lo resuelto por el Tribunal Colegiado de Circuito, deba conocer necesariamente la Suprema Corte de Justicia;

B) En la demanda se hubiese impugnado una ley local o un reglamento federal o local; y

C) Habiéndose planteado la inconstitucionalidad de leyes federales; subsista la materia de constitucionalidad de las mismas, si resulta innecesaria la intervención de la Suprema Corte por no darse ninguno de los precisados en los puntos Primero y Segundo de este Acuerdo...⁶⁵

Pasando a otro tema, cuando en una demanda de amparo se planteen cuestiones de legalidad y de constitucionalidad de un tratado internacional simultáneamente, el Tribunal Colegiado resolverá sólo las cuestiones de legalidad, no las constitucionales, si en este supuesto, el Tribunal Colegiado dicta una resolución en la que ampara al quejoso pero sólo por las cuestiones legales, corresponderá al peticionario de garantías interponer el recurso de revisión en contra de las cuestiones de constitucionalidad que el Colegiado omitió resolver. Así lo ha establecido la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el criterio que al rubro dice: **AMPARO DIRECTO. CUANDO EN ÉL SE PLANTEA UNA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO OMITE SU ESTUDIO Y AMPARA POR LEGALIDAD, EL QUEJOSO TIENE LA CARGA DE INTERPONER EL RECURSO DE REVISIÓN PARA QUE SE DECIDA AQUELLA CUESTIÓN, PUES DE LO CONTRARIO YA NO PODRÁ REPLANTEARLA EN UN AMPARO SUBSIGUIENTE.**⁶⁶

⁶⁵ MENA ADAME, Carlos, LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, México, editorial Porrúa, 2003, Págs. 292, 293 y 294.

⁶⁶ Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Novena Época, No de Registro: 185839, Octubre de 2002, Pág. 393.

Resulta interesante lo expuesto por el maestro Fix-Zamudio al señalar que: “c) Un aspecto muy importante y controvertido de las reformas de 1951 fue la consagración implícita de la posibilidad de impugnar las leyes inconstitucionales en la vía indirecta...consiste en acudir ante el juez de amparo en contra de una resolución judicial, alegándose que la misma se dictó violando el artículo 133 constitucional, por haberse apoyado dicha resolución en una ley inconstitucional.

Esta vía incidental o prejudicial la hemos calificado en trabajos anteriores como “recurso de inconstitucionalidad de las leyes”, en virtud de que se hace valer en amparo directo o de una sola instancia contra sentencias definitivas en materia civil, penal, laboral, y recientemente administrativa, cuando en los conceptos de violación se alega que los fallos respectivos se apoyan en disposiciones legales contrarias a la carta fundamental, y esta vía ha sido aceptada por la Suprema Corte de Justicia después de muchos debates, al superar el criterio tradicional de que la impugnación de las leyes inconstitucionales sólo podía hacerse a través del amparo de doble instancia, es decir, por la vía directa o de acción, demandando al legislador.”⁶⁷

Sobre lo último manifestado por el maestro Fix-Zamudio, surge la cuestión relativa al señalamiento de las autoridades responsables en el juicio de amparo directo cuando mediante él impugnemos la inconstitucionalidad de un tratado. A este respecto, el maestro Burgoa dice: “Por el contrario, si contra el acto de aplicación de un ordenamiento legal procede el amparo *directo o uni-instancial*, ante la Suprema Corte o ante el Tribunal Colegiado de Circuito correspondiente, no debe señalarse como autoridad responsable al órgano legislativo pudiéndose decidir en éste caso sobre la inconstitucionalidad de la ley aplicada mediante el análisis de los conceptos de violación que sobre este tópico se hayan formulado en la demanda de garantías respectiva.”⁶⁸

Según el maestro Burgoa, en esta demanda de amparo directo sólo debemos señalar como responsables a las autoridades que hayan emitido la sentencia, laudo o resolución definitivos y no al órgano legislativo, o tratándose de

⁶⁷ FIX-ZAMUDIO, Héctor, ENSAYOS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO, *Op. Cit.*, Pág. 203.

⁶⁸ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, EL JUICIO DE AMPARO, *Op. Cit.*, Pág. 237.

tratados internacionales, ni al Ejecutivo ni al Senado, sólo al órgano judicial emisor de la resolución definitiva.

Es importante destacar que en el amparo directo vamos a impugnar un tratado internacional por considerarlo contrario a los imperativos del pacto federal, pero por el hecho de haber sido aplicado a un caso concreto, en otras palabras, sabemos que el juicio de amparo directo procede contra sentencias definitivas, laudos definitivos o resoluciones que den por terminados los juicios aunque no resuelvan la materia del mismo, por consiguiente, en el caso del amparo uninstancial, se debe atacar la sentencia, laudo o resolución porque la norma que fue aplicada en el proceso judicial del cual emanan la sentencia, es inconstitucional, nunca se deberá señalar en un amparo directo como acto reclamado al tratado internacional, pues los únicos actos reclamados en este amparo son la sentencia, laudo o resolución definitivos. Con los conocimientos que en materia de control de la constitucionalidad hemos adquirido del estudio previo, podemos percatarnos que en este caso estamos en presencia de un medio de control por vía de excepción o incidental, en virtud de que la cuestión de anticonstitucionalidad del tratado, emana o deriva de un juicio previo principal.

Un aspecto peculiar del juicio de amparo directo contra leyes, que va muy vinculado con nuestros razonamientos vertidos en el párrafo precedente, es en el sentido de que, al no ser acto reclamado la norma de carácter general, su impugnación sólo se hará valer como un concepto de violación, en la demanda respectiva.

Avalan las anteriores consideraciones, el párrafo segundo de la fracción IV del artículo 166 de la ley de amparo, que dispone “ARTICULO 166...IV...Cuando se impugne la sentencia definitiva, laudo o resolución que hubiere puesto fin al juicio por estimarse inconstitucional la Ley, el tratado o el reglamento aplicado, ello será materia únicamente del capítulo de conceptos de violación de la demanda, sin señalar como acto reclamado la Ley, el tratado o el reglamento, y la calificación de este por el tribunal de amparo se hará en la parte considerativa de la sentencia;”

Sin embargo, esta forma de impugnación de un tratado internacional por la vía del amparo directo o de única instancia, no es la única, es decir, no sólo cuando se impugne una sentencia, laudo o resolución definitivos, por que la norma

general que se aplicó dentro del proceso es inconstitucional, va a ser el único supuesto, pues como ya hemos visto, el juicio de amparo se puede interponer también contra la resolución que se dicte en el recurso o medio de defensa ordinarios que la ley nos confiera contra el primer acto concreto de aplicación, en este sentido resulta de apoyo la siguiente tesis jurisprudencial por contradicción número 22/2002-PL, sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Séptimo, ambos en Materia Administrativa del Primer Circuito y Segundo del Décimo Tercer Circuito.

AMPARO DIRECTO. EN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN PUEDE PLANTEARSE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS GENERALES APLICADAS EN PERJUICIO DEL QUEJOSO EN EL ACTO O RESOLUCIÓN DE ORIGEN. De la interpretación armónica de los artículos 158 y 166, fracción IV, de la Ley de Amparo, se desprende que cuando se promueva juicio de amparo directo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio, se podrá plantear, en los conceptos de violación, la inconstitucionalidad de leyes, tratados internacionales o reglamentos que se hubieran aplicado en perjuicio del quejoso en la secuela del procedimiento del juicio natural o en la sentencia, laudo o resolución reclamados; sin embargo, ello no quiere decir que la posibilidad de controvertir tales normas de carácter general en el amparo directo se agote con los supuestos a que se refieren dichos numerales, pues el artículo 73, fracción XII, último párrafo, del citado ordenamiento permite también la impugnación, en ese juicio, de las normas aplicadas en el acto o resolución de origen, cuando se promueva contra la resolución recaída a los recursos o medios de defensa legal que se hubieran hecho valer en contra del primer acto de aplicación de aquéllas, máxime que en la vía ordinaria no puede examinarse la constitucionalidad de una norma de observancia general, pues su conocimiento está reservado a los tribunales del Poder Judicial de la Federación.⁶⁹

Por lo que respecta a la suspensión del acto reclamado, podemos señalar que en el caso del amparo directo, la medida suspensiva seguirá las reglas generales del amparo uni-instancial, es decir, no se seguirá una tramitación incidental, sino que será una suspensión de plano, cuya concesión estará a cargo de la autoridad judicial de la que emane el acto reclamado, en otras palabras, en este amparo sólo es susceptible de suspenderse el acto concreto de aplicación, pues recordemos que los únicos actos reclamados son la sentencia, laudo o

⁶⁹ Instancia: Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVII, Novena Época, Tesis: 152/2002, Enero de 2003, Página: 220.

resolución definitiva, en tanto que la impugnación de la ley, se hará valer en un concepto de violación.

Finalmente, los efectos de la resolución siempre serán relativos, o sea, tendrán efectos sólo entre las partes, tal como se consagra en el artículo 107 de la Constitución, en su fracción segunda. Sobre éste punto resultan interesantes las siguientes referencias: “De conformidad con lo previsto por el artículo 166, fracción IV, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, el Tribunal Colegiado de Circuito que le corresponda conocer de un asunto de tal naturaleza, que implique cuestiones de constitucionalidad de normas generales, analizará ese aspecto dentro de las consideraciones de su resolución sin que ellas deban verse reflejadas en los resolutive de la sentencia de amparo. Así, la inconstitucionalidad de una norma general sólo puede motivar la concesión del amparo por cuanto al acto reclamado, que se erige como el acto de aplicación de aquella, sin acabarla en la protección que otorga, pues debe recordarse que no se erige como acto reclamado.

En éste orden de ideas, debe decirse que los efectos de una sentencia emitida en amparo directo son limitativos a la resolución que a través de él se reclama. Así, la sentencia que sobresea, niegue o conceda el amparo, sin importar las consideraciones en las que se motivó, sólo tendrá efectos por el acto reclamado contra el que se intentó la acción constitucional, y al no ser éste la norma de carácter general, tal resolución no será vinculatoria para ella ni, en consecuencia, para las autoridades que participaron en su procedimiento de creación, pues éstas de ninguna manera se erigen como autoridades responsables.”⁷⁰

Si bien las consideraciones vertidas por los autores citados son reveladoras de los efectos de la sentencia del amparo directo, cuando se impugna la inconstitucionalidad de una norma, concluyen su razonamiento con una observación que evidencia aún más los referidos efectos aduciendo que: “Conforme a todo lo anterior, una sentencia emitida en amparo directo, que concede la protección de la justicia de la Unión, por estimar en sus

⁷⁰ CARRANCO ZÚÑIGA, Joel y ZERON DE QUEVEDO, Rodrigo, AMPARO DIRECTO CONTRA LEYES, 2º edición, México, editorial Porrúa, 2002, Págs. 191 y 192.

consideraciones que la norma general aplicada al quejoso en el acto reclamado o en el procedimiento que concluyó con éste, tendrá como efecto el de dejar insubsistente el fallo impugnado, reponiendo con ello al agraviado en el goce de sus garantías individuales, y obligando a que sólo en ese caso concreto, no se le aplique al quejoso la citada norma, sin que esa circunstancia deba ser observada por diversos actos de autoridad, en razón de que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos limitados a la sentencia, laudo o resolución final reclamados, como actos de aplicación, y a la autoridad judicial que los pronunció.”⁷¹

2.5 LA ACCION ABSTRACTA DE INCONSTITUCIONALIDAD.*

Este medio de control de la constitucionalidad fue establecido por primera vez en nuestro sistema jurídico a raíz de las reformas constitucionales de 1994, esencialmente al artículo 105, por tanto, no tiene antecedentes en nuestro derecho mexicano, sin embargo, la figura procesal en estudio encuentra sus prolegómenos en naciones europeas⁷², en donde surgió como un mecanismo que permitiese a las minorías parlamentarias impugnar las leyes emitidas por las mayorías.

⁷¹ *Ibidem.*, Pág. 193.

* Si bien todo medio de control de la constitucionalidad operante en nuestro sistema, es llevado a cabo por órgano jurisdiccional, es importante advertir que a nuestra consideración no hay medio de control más *politizado* que las acciones de inconstitucionalidad, situación que desvirtúa totalmente la naturaleza misma de este mecanismo de protección constitucional. En efecto, las acciones de inconstitucionalidad fueron creadas como mecanismos a través de los cuales las *minorías parlamentarias* pudiesen impugnar las leyes emitidas por las mayorías, y así ponderar un poco el desequilibrio imperante. El hecho de que se haya dado legitimación activa al Procurador General de la República, que en términos objetivos no es más que un empleado del Presidente, y el cual es utilizado comúnmente para lograr la impugnación de determinadas disposiciones – por lo general locales- por mandato directo del Ejecutivo. Por otra parte, no comprendo la facultad concedida a las dirigencias nacionales o locales de los Partidos Políticos para impugnar leyes electorales, ¿que no se supone que los Partidos Políticos encuentran también representatividad en el Congreso de la Unión?, si están ya representados en las diversas fracciones parlamentarias que conforman al Legislativo de la Unión, ¿para que darles esa legitimación?, desde luego, sólo por y para fines políticos. A raíz de la última reforma a la fracción II del artículo 105 de la Constitución, se dio el derecho a las comisiones de derechos humanos, tanto a la nacional como a las locales, para ejercer las acciones de inconstitucionalidad, y para nadie es desconocido que por la manera en como se nombran a los miembros que conforman los consejos consultivos, y sobre todo a los presidentes de la comisiones, provoca que éstos en muchos casos se caractericen por su oportunismo político y por el servilismo que tienen para quien los llevo al lugar que ocupan.

⁷² FIX-ZAMUDIO, Héctor, ESTUDIO DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO, *Op. Cit.*, Pág. 232.

En éste sentido, las acciones de inconstitucionalidad fueron reguladas en la fracción segunda del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como un medio por el cual se pudiesen impugnar leyes contrarias a la Constitución. La denominación de éste mecanismo de salvaguarda constitucional es *acción de inconstitucional*, no obstante hemos optado por llamarlo, como muchos autores lo han hecho, *acción abstracta de inconstitucionalidad*, porque precisamente a través de ella se lleva a cabo un control abstracto de la constitucionalidad de normas, en oposición al control concreto, pues en el caso de la acciones de inconstitucionalidad, se impugna la ley *per se*, no se ataca su aplicación a un caso concreto, ni la afectación que causa a un interés particular y por consiguiente no se requiere la existencia de un interés jurídico, se ataca la norma por que en sí misma se le considera anticonstitucional.

Como lo hicimos con el juicio de amparo, empecemos por definir a estas acciones, y para ello recurramos a la definición que propone el maestro Castro y Castro quien las conceptúa de la manera siguiente: “Las acciones de inconstitucionalidad son procedimientos planteados en forma de juicio ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por órganos legislativos minoritarios, por los partidos políticos con registro federal o estadual, o por el Procurador General de la República, en los cuales se controvierte la posible contradicción entre una norma de carácter general o un tratado internacional, por una parte, y la Constitución, por la otra, exigiéndose en el juicio la invalidación de la norma o del tratado impugnados, para hacer prevalecer los mandatos constitucionales.”⁷³

Nosotros concebimos a la acción de inconstitucionalidad como *un medio de control abstracto de la constitucionalidad de normas generales –leyes, tratados internacionales y Constituciones locales- que funge como un proceso por el que se persigue la invalidez y cesación de los efectos de las mismas, por contravenir a la Constitución.*

A pesar de ser una figura de reciente creación, su utilización ha aumentado en años recientes, no obstante que “...desde la creación de éste instrumento hasta

⁷³ CASTRO Y CASTRO, Juventino V., EL ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL, 4ª edición, México, editorial Porrúa, 2001, Pág. 125.

abril de 1997 se habían presentado catorce acciones de inconstitucionalidad...En comparación con el número importante de controversias constitucionales...las acciones de inconstitucionalidad presentadas y resueltas por nuestro más alto tribunal son más reducidas, y además han disminuido de manera paulatina, si se toma en cuenta que en 2003 únicamente se promovieron 24 de dichas acciones, con una reducción del 31% respecto del año anterior.”⁷⁴, A pesar de los datos antepuestos, el material jurisprudencial existente demuestra la importancia y diversidad de asuntos que se han ventilado bajo los cauces de estas acciones.

Entrando al estudio técnico de las acciones de inconstitucionalidad, es importante señalar que el único órgano competente para conocer y resolver las mismas es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno, según se desprende del artículo 105 de la Constitución, del artículo 10, fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como del artículo primero de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales dicen, respectivamente:

“ARTICULO 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes...”

“ARTICULO 10. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá funcionando en Pleno:

I. De las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad a que se refieren las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

“ARTICULO 1º La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá y resolverá con base en las disposiciones del presente Título, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad a que se refieren las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

Un segundo punto que hay que señalar es el relativo a su idoneidad para atacar los tratados internacionales, según se desprende del artículo 105 constitucional, fracción II, el cual dispone en su integridad lo siguiente:

“ARTICULO 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

...

⁷⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor, ESTUDIO DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO, *Op. Cit.*, Pág. 238.

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara 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;

c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de algunos de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano;

e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea; y

f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de Tratados Internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en ésta Constitución. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.*

La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en éste artículo.

Las leyes electorales federales y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.*

* Este inciso fue adicionado al texto constitucional mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de septiembre de 2006.

* Es digno de mencionar, que la incursión del inciso f) y de los dos párrafos que le prosiguen, fueron adicionados al texto constitucional mediante la reforma de 1996, por la cual se permite impugnar vía acción de inconstitucionalidad a las leyes electorales, situación que antes de las modificaciones comentadas no estaba contemplada, por lo que las leyes electorales quedaban fuera de control de la constitucionalidad, pues además

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos;”

Ahora bien, nótese que solamente tres órganos son los legitimados para impugnar la posible inconstitucionalidad de un tratado internacional, estos son: la Cámara de Senadores en un equivalente al 33% de sus miembros,* el Procurador General de la República* y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, según los incisos b), c) y g) de la fracción II del artículo 105 constitucional arriba citado.

En este mismo sentido se ha pronunciado la propia Suprema Corte, al externar criterios acordes con lo antes señalado, como los siguientes:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. QUIÉNES SE ENCUENTRAN LEGITIMADOS PARA PROMOVERLA ATENDIENDO AL ÁMBITO DE LA NORMA IMPUGNADA. La fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece de manera limitativa y expresa quiénes son los sujetos legitimados para promover una acción de inconstitucionalidad; sin embargo, no todos ellos pueden plantear ese medio de control constitucional contra cualquier ley, sino que su legitimación varía en función del ámbito de la norma que pretende impugnarse, es decir, si se trata de leyes federales, locales, del Distrito Federal o de tratados internacionales. Así, tratándose de la impugnación de leyes federales, están legitimados:

1. El 33% de los Diputados del Congreso de la Unión;
2. El 33% de los Senadores del Congreso de la Unión;
3. El Procurador General de la República;
4. Los partidos políticos con registro federal, si se trata de leyes de naturaleza electoral; y
5. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, si

la propia Corte había establecido que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación no podía conocer de las cuestiones de constitucionalidad de la leyes electorales.

* Sobre el requisito cuantitativo para la activación de este medio de control se han esgrimido varias críticas, pues según algunos autores tal porcentaje resulta excesivo, tomando en consideración que las acciones de inconstitucionalidad se idearon precisamente como una oportunidad para las minorías parlamentarias de impugnar las leyes aprobadas por las mayorías. Comenta el maestro Covian Andrade que en la iniciativa de reformas se preveía un 45% de los miembros de un órgano legislativo, considerando además que lo ideal sería el 15 ó 20 por ciento de los órganos parlamentarios. Al respecto se puede consultar su obra *LA SUPREMA CORTE Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DIEZ AÑOS DE FALLAS E IMPRECIACIONES*, en sus páginas 197 y 198, cuyos datos bibliográficos ya han sido anotados en otra ocasión. De la misma manera puede verse la obra del maestro Fix-Zamudio *ESTUDIO DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO*, en sus páginas 233 y 234, para comparar los porcentajes que en otras naciones europeas y americanas se fijan para promover éste mecanismo de tutela constitucional.

* El hecho de que se dé legitimación activa al Procurador General de la República ha sido duramente cuestionado por varios estudiosos, pues en la realidad, al depender el Procurador, del Presidente de la República, esto podría originar el supuesto de que el M. P. Federal impugne cualquier norma ya estatal o del Distrito Federal, por consigna del propio Ejecutivo, además, resulta poco verosímil pensar en la idea de que el Procurador General impugne la inconstitucionalidad de una norma general en la que el Presidente –del cual depende- ha participado, bien en la promulgación de una ley o en la celebración de un tratado.

se trata de leyes que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal. Por su parte, contra leyes locales están legitimados: 1. El 33% de los Diputados de la Legislatura Local que corresponda; 2. El Procurador General de la República; 3. Los partidos políticos con registro federal o aquellos que sólo tengan registro en el Estado de que se trate, siempre y cuando se impugne una ley electoral; y 4. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los órganos estatales protectores de derechos humanos, si se trata de leyes que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal. Cuando la impugnación verse contra leyes del Distrito Federal, tendrán legitimación: 1. El 33% de los integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; 2. El Procurador General de la República; 3. Los partidos políticos con registro federal o aquellos que sólo tengan registro ante el Instituto Electoral del Distrito Federal, siempre que se trate de la impugnación de una ley electoral; y 4. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, cuando se trate de leyes que vulneren los consagrados en la Constitución Federal. *Finalmente, tratándose de tratados internacionales, pueden impugnarlos: 1. El 33% de los Senadores del Congreso de la Unión; 2. El Procurador General de la República; y 3. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, si se trata de un tratado internacional que vulnere los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal.*⁷⁵

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA TIENE LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR MEDIANTE ELLA, LEYES FEDERALES, LOCALES O DEL DISTRITO FEDERAL, ASÍ COMO TRATADOS INTERNACIONALES. El artículo 105, fracción II, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos faculta al procurador general de la República para impugnar, mediante el ejercicio de las acciones de inconstitucionalidad, leyes de carácter federal, estatal o del Distrito Federal, así como tratados internacionales, sin que sea indispensable al efecto la existencia de agravio alguno, en virtud de que dicho medio de control constitucional se promueve con el interés general de preservar, de modo directo y único, la supremacía constitucional, a fin de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación realice un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma. En otras palabras, no es necesario que el procurador general de la República resulte agraviado o beneficiado con la norma en contra de la cual enderece la acción de inconstitucionalidad ni que esté vinculado con la resolución que llegue a dictarse, pues será suficiente su interés general, abstracto e impersonal de que se respete la supremacía de la Carta Magna.⁷⁶

En un inicio se había establecido que sólo las leyes –en sentido formal- y los tratados internacionales eran susceptibles de impugnación a través de estas

⁷⁵ Instancia Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Novena Época, tesis: P./J.7/2007, Mayo de 2007. (las negritas son del suscrito).

⁷⁶ Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, Novena Época, Tesis: P./J.98/2001, Septiembre de 2001.

acciones, pero después, la propia Suprema Corte viró su criterio y estableció que las reformas a las Constituciones Locales, entraban también dentro del campo protector del mecanismo procesal que ahora estudiamos.⁷⁷ Tales afirmaciones son avaladas por la siguiente jurisprudencia.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SÓLO PROCEDE CONTRA NORMAS GENERALES QUE TENGAN EL CARÁCTER DE LEYES O DE TRATADOS INTERNACIONALES.-

Del análisis y la interpretación de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que: a) Si las acciones de inconstitucionalidad tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, entonces sólo son procedentes contra normas de carácter general; b) En el propio precepto se habla sólo de leyes y tratados internacionales entendidos como normas de carácter general. Consecuentemente, las acciones de inconstitucionalidad proceden contra normas de carácter general, pero no contra cualquiera de éstas, sino sólo contra aquellas que tengan el carácter de leyes, o bien, de tratados internacionales. En iguales términos, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, tratándose de acciones de inconstitucionalidad, se refiere únicamente a normas generales, leyes y tratados internacionales; por lo tanto, también debe concluirse que prevé la procedencia de las acciones de inconstitucionalidad exclusivamente en contra de esas normas. La intención del Constituyente Permanente, al establecer las acciones de inconstitucionalidad, fue la de instituir un procedimiento mediante el cual se pudiera confrontar una norma de carácter general con la Constitución y que la sentencia que se dictara tuviera efectos generales, a diferencia de lo que sucede con el juicio de amparo, en el que la sentencia sólo tiene efectos para las partes. No puede aceptarse su procedencia contra normas diversas, ya que en tales casos, por la propia naturaleza del acto combatido, la sentencia no tiene efectos generales, sino relativos. Por ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59 y 19, fracción VIII, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el artículo 1o. de la misma ley y con la fracción II del artículo 105 constitucional, las acciones de inconstitucionalidad sólo son procedentes contra normas de carácter general, es decir leyes o tratados, y son improcedentes en contra de actos que no tengan tal carácter.⁷⁸

Un aspecto primario a señalar son los plazos para interponerla. De la propia fracción II del numeral 105 de la Constitución se desprende tal cuestión, al

⁷⁷ La jurisprudencia en la que se sostiene tal criterio obra bajo los siguientes datos de localización: No. Registro: 190,236, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIII, Marzo de 2001, Tesis: P./J. 16/2001, Página: 447, con el rubro: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES PROCEDENTE PARA IMPUGNAR CONSTITUCIONES LOCALES, AL SER ÉSTAS, NORMAS DE CARÁCTER GENERAL Y ESTAR SUBORDINADAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

⁷⁸ Registro No. 903628, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Apéndice 2000, I, Jur. Acciones de Inconstitucionalidad y C.C., Página: 18, Tesis: 17, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional.

establecer: “Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma...”. Del mismo modo la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, dispone en su artículo 60 que:

“ARTICULO 60. El plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad será de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sean publicados en el correspondiente medio oficial. Si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente.

En materia electoral, para el cómputo de los plazos, todos los días son hábiles.”

Por otra parte, el procedimiento que se sigue es en realidad sumario, pues en éste caso no se sigue una vía contenciosa, por consiguiente no habrá lugar para la celebración de una audiencia en la que se ofrezcan y desahoguen los medios de convicción correspondientes. El procedimiento respectivo se fija en los artículos 64 a 68 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aplicándose supletoriamente algunas disposiciones relativas a las controversias constitucionales. Podemos sistematizar la sustanciación de éste medio de control, del modo siguiente:

1. Presentada la demanda con los requisitos que establece el artículo 61 de la Ley, ante la Suprema Corte dentro del término de treinta días, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia la turnará a un Ministro instructor para que instruya el proceso y elabore el proyecto correspondiente. (Artículo 24 de la ley reglamentaria).

2. El ministro instructor examinará la demanda y podrá actuar en tres sentidos:

- a) Si encontrare motivo manifiesto e indudable de improcedencia desechará de plano la demanda, (Artículo 25 de la ley en comento).
- b) Si el escrito de demanda fuere oscuro ó irregular, prevendrá a la parte interesada para que en el plazo de cinco días –tres en materia electoral- realice las aclaraciones pertinentes. (Artículo 64 de la Ley Reglamentaria).

c) Admitir a tramite la demanda.

3. Una vez transcurrido el plazo de cinco o tres días, según el caso, a que alude el numeral previo, el Ministro instructor dará vista a los órganos demandados, en éste caso, al órgano legislativo que emitió la ley, y al Ejecutivo por lo que hace a la promulgación, para que en quince días formulen un informe, en la inteligencia de que tratándose de leyes del Congreso de la Unión, los informes se redirán de modo individual y no colegiadamente, para que en el mismo expresen los motivos por los que consideran que la demanda es improcedente y para que sostengan la constitucionalidad de su acto. En materia electoral el plazo para rendir el informe será de seis días. (Artículo 64 de la Ley).

4. El Ministro instructor también dará vista al Procurador General de la República, para que hasta antes de que se emita la sentencia formule una opinión técnica, que la ley llama *pedimento*, excepción a lo anterior, será el caso en que sea el mismo Procurador el que ejerza la acción. (Artículo 66 de la ley invocada), la misma vista se dará, para los mismos fines, a la Sala Superior del Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación tratándose de la impugnación de leyes electorales, (Artículo 68, párrafo segundo).

5. Una vez que haya transcurrido el plazo para la formulación de los informes, habiéndose rendido éstos o no, se pondrán los autos a la vista de las partes para que en un término de cinco días –dos en materia electoral- formulen sus alegatos. (Artículo 67 de la ley en comento).

6. Es importante señalar que hasta antes de formular el proyecto de sentencia, el Ministro instructor podrá recabar oficiosamente todos aquellos elementos que juzgue pertinentes para la mejor solución de la controversia. (primer párrafo del artículo 68).

7. Hecho lo anterior, el Ministro instructor elaborará un proyecto de sentencia el cual someterá al Tribunal Pleno de la Corte para su discusión. (Artículo 68, párrafo tercero). Es importante decir, que no hay un término específico para formular el proyecto ni para discutir y en su caso aprobar el mismo, sólo en materia electoral los términos para ambos supuestos serán de cinco días. (Artículo 68, párrafo final). Sobre las sentencias hay varios puntos que destacar.

7.1 El primero es que opera la figura de la suplencia de la queja, como se desprende de la primera parte del párrafo primero del numeral 71 de la ley de la materia.

7.2 La sentencia de la Corte cuando declare la inconstitucionalidad de la norma impugnada, se podrá fundamentar en cualquier precepto constitucional que se considere infringido, haya sido invocado o no por los accionantes, salvo en el caso de leyes electorales, en cuyo caso sólo se atenderá a los preceptos constitucionales señalados en el escrito inicial. Tales situaciones derivan del propio artículo 71 invocado.

7.3 Las sentencias podrán ser en tres sentidos: 1. de sobreseimiento; 2. que desestimen la acción, y 3. que declaren la inconstitucionalidad de la norma impugnada con efecto generales. Éste último supuesto encierra tal importancia que será tratado de modo especial en las siguientes líneas.

Ahora bien, una de las cuestiones mas importantes de éste medio procesal de tutela constitucional, son los efectos de las sentencias. En efecto, hasta antes de la incursión de las acciones de inconstitucionalidad y de las controversias constitucionales al ordenamiento jurídico mexicano, no existía la posibilidad de declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de una ley.

Desde luego, para que los efectos referidos tengan cabida, es necesario que la resolución que lo determine sea aprobada por cuando menos ocho votos de los Ministros de la Corte, sólo en éste supuesto la declaratoria de inconstitucionalidad tendrá efectos generales, tal como lo establece la primera parte del artículo 72 de la ley de la materia que reza: “ARTICULO 72. Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos.”

El autor César Carlos García establece que “En la noción de Salvador Valencia Carmona, la declaración general de inconstitucionalidad “...implica, en esencia, que la Corte podrá ahora declarar inconstitucional de manera general una ley aprobada por el legislador federal o local, así como también un tratado internacional...”, lo que pragmáticamente significa que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá suprimir la validez jurídica de las normas

generales impugnadas o, en vocablos más sencillos, abrogar la ley declarada inconstitucional.”⁷⁹

Sobre la cita previa, considero importante hacer una precisión de inigualable importancia. Según el autor antes citado, los efectos generales de las sentencias que se emitan en una acción de inconstitucionalidad equivalen a *abrogar la ley declarada inconstitucional*, afirmación que sencillamente es incorrecta. Es cierto que los efectos de la sentencia que en este caso emita el Pleno de la Corte declarando la antinomia de la ley con la Constitución, son generales, pero esto de ninguna manera significa que la norma queda abrogada, pues ésta facultad corresponde exclusivamente al propio Poder Legislativo, sostener lo contrario significaría simplemente afirmar que el Poder Judicial, concretamente la Suprema Corte, se estaría arrogando facultades que no le competen, invadiendo la esfera competencial del legislador. Lo anterior es así, pues según se desprende de la fracción F, del artículo 72 de la Constitución, para la “...*derogación de las leyes y decretos se observarán los mismos trámites establecidos para su formación;*”, por consiguiente, la sentencia que emita la Corte declarando la inconstitucionalidad con efectos generales de una ley, tratado ó reforma a alguna Constitución local, sólo significaría dejar sin validez a la norma impugnada, o sea, que la norma ya no se podrá volver a aplicar en el futuro, la norma sigue vigente, tiene existencia, pero no se podrá aplicar más por vulnerar a la Constitución, la norma general dejará de existir hasta que el Poder Legislativo la abroge, y en su caso, emita otra que la sustituya, siempre que no adolezca de los mismos vicios de inconstitucionalidad de que adolecía la anterior, so pena de ser declarada nuevamente inconstitucional.

Aunado a lo anterior, en el caso de los tratados internacionales cuando se advierte su inconstitucionalidad, la Convención de Viena Sobre el Derechos de los Tratados establece una serie de procedimientos tendientes a la denuncia del compromiso internacional, concretamente en la sección tercera de la parte quinta del mismo, por tanto, se deben observar éstos lineamientos para expulsar un tratado del sistema jurídico.

⁷⁹ GARZA GARCIA, César Carlos, *Op. Cit.*, Págs. 112 y 113.

Siguiendo con los efectos de la sentencia, Carlos Mena Adame sostiene que: “Las sentencias pronunciadas en los juicios constitucionales pueden producir dos tipos de efectos: relativos o generales. En el primer caso, la sentencia tendrá efectos sólo para las partes que contendieron en el juicio; es decir, sólo a ellas beneficiará o perjudicará la resolución emitida. En cuanto a los efectos generales, éstos se refieren a que las sentencias beneficiarán o perjudicarán a todas las personas que se hayan encontrado sometidas a la ley: en una palabra, a toda la población mexicana.

Las sentencias de las acciones de inconstitucionalidad surten efectos generales cuando hayan votado, por lo menos, ocho ministros en el sentido de declarar la invalidez de la ley o el tratado que se haya impugnado, o en caso contrario la desestimarán.”⁸⁰

En efecto, cuando en la acción de inconstitucionalidad se vota en el sentido de declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada, pero por menos de ocho ministros, tal acción se archivará, así lo establece el artículo 72 de la ley reglamentaria aplicable, que dispone: “ARTICULO 72. Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto.”*

Cabe mencionar que las controversias constitucionales encuentran una reglamentación más extensa que las acciones que analizamos en la ley reglamentaria, en tal virtud, dejaremos hasta aquí el estudio de las mismas, por cuanto a los efectos de las sentencias se refiere, pues en el apartado siguiente trataremos a las controversias constitucionales y haremos referencia a los efectos de las resoluciones, en el entendido de que lo que ahí manifestemos, se hará extensivo también a las acciones de inconstitucionalidad.

Para finalizar diremos brevemente, que la institución de la suspensión no opera en éste medio de control, como se desprende del tercer párrafo del artículo

⁸⁰ MENA ADAME, Carlos, *Op. Cit.*, Pág. 344 y 345.

* Es digno de criticar el numeral que da pauta a ésta nota, pues como está establecido el funcionamiento de los efectos de las sentencias, aún cuando una minoría importante –pero minoría al final de cuentas- determinare la inconstitucionalidad de una norma, tal criterio sería desestimado, como si la constitucionalidad de un acto dependiere del grado de votación que así lo determinare.

64 de la Ley, que dice: “La admisión de una acción de inconstitucionalidad no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada.”.

2.6 LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES.

Deliberadamente hemos dejado al final el estudio de éste medio de tutela constitucional, debido a que aún cuando hay jurisprudencia firme de la Corte Suprema de nuestro país, en el sentido de que por medio de éstas controversias se puede impugnar un tratado internacional, la doctrina sigue estando dividida al respecto. El criterio jurisprudencial de mérito manifiesta:

TRATADOS INTERNACIONALES. SON NORMAS GENERALES Y, POR TANTO, SON IMPUGNABLES EN CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. Los tratados internacionales son normas generales, ya que reúnen las características de generalidad, permanencia y abstracción y, además, las materias enunciadas por la fracción X del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como propias de dichos instrumentos -autodeterminación de los pueblos, no intervención, solución pacífica de controversias, etcétera-, sólo pueden tener su expresión creadora y desarrollo lógico a través de normas generales, lo que se corrobora con lo previsto en el artículo 133 constitucional, que expresamente los coloca junto con otras normas, como la Ley Suprema de la Unión, siempre que sean acordes con la misma. En ese sentido, al tener los mencionados instrumentos internacionales la naturaleza de normas u ordenamientos generales, son susceptibles de control constitucional a través de la controversia que establece la fracción I del artículo 105 constitucional, que aunque no incluye de modo explícito entre los actos impugnables a la especie "tratados", sí menciona expresamente como actos sometidos a su control a las "disposiciones generales" que es el género, como se infiere de los incisos h), i), j) y k) de dicha fracción, además de que ese alcance se halla implícito en los demás incisos, donde no se excluyen más actos que los que corresponden a la materia electoral; aunado a que en el penúltimo párrafo de la mencionada fracción I, al señalar los efectos de la sentencia de invalidez se parte del supuesto de que la controversia constitucional procede en contra de disposiciones generales, que comprenden a los tratados.⁸¹

Al respecto es dable hacer mención que en términos del artículo 105, fracción I, inciso c), de la Constitución, las Controversias Constitucionales proceden entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la unión o cualquiera de sus

⁸¹ No. Registro: 180,432, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XX, Septiembre de 2004, Tesis: P./J. 84/2004, Página: 1258.

Cámaras, supuesto que encontraría aplicación, por ejemplo, en el caso de que el Senado no quisiera aprobar un tratado internacional que el Ejecutivo hubiere celebrado, además de que la propia Constitución deja expedita la posibilidad de que las Controversias Constitucionales procedan cuando exista duda sobre la constitucionalidad de los actos o disposiciones generales de los órganos que en el numeral de referencia se enlistan, robusteciéndose así, la posibilidad de que a través del medio de control que estudiamos, se pueda impugnar la constitucionalidad de un tratado internacional.

Así las cosas, cabe señalar que las controversias constitucionales tienen existencia desde la Constitución de 1824⁸², en su artículo 137, fracción I⁸³, pero como dice el maestro Fix-Zamudio “Las controversias constitucionales se consagraron también en los artículos 97 y 98 de la carta federal del 5 de febrero de 1857, pero con mayor precisión que en la constitución de 1824...”⁸⁴, en efecto, la novedad que se presentó en la Constitución de 1857, fue la creación de las controversias constitucionales instauradas en sus artículos 97 y 98,⁸⁵ en la Constitución de 1917 -vigente en la actualidad- tales controversias se regularon en

⁸² Según el maestro Fix-Zamudio las controversias constitucionales se instauraron en la fracción primera del artículo 137 de la Constitución de 1824, institución que según el autor, se inspiró en los artículos 1 y 2 la Constitución de Estados Unidos que establecía: “...el poder judicial se extenderá a todos los casos de derecho y equidad que dimanen de esta Constitución...y a todas controversias en que participen los Estados Unidos; a la controversia entre dos o más Estados; entre un Estado y Ciudadanos de otros Estados; entre ciudadanos de diversos Estados, entre ciudadanos de un mismo Estado que reclamen tierras otorgadas por concesiones de diferentes Estados...”. FIX-ZAMUDIO, Héctor, ESTUDIO DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO, *Op. Cit.*, Pág. 209.

⁸³ SECCIÓN TERCERA. De las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia.

137. Las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia son las siguientes:

I. Conocer de las diferencias que puede haber de uno a otro Estado de la federación, siempre que las reduzcan a un juicio verdaderamente contencioso en que deba recaer formal sentencia, y de las que se susciten entre un Estado y uno o más vecinos de otro, o entre particulares, sobre pretensiones de tierras, bajo concesiones de diversas Estados, sin perjuicio de que las partes usen de su derecho, reclamando la concesión a la autoridad que las otorgó.

⁸⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor, ESTUDIO DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO, *Op. Cit.*, Pág. 209.

⁸⁵ Los artículos señalados establecían:

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

III. De aquellas en que la Federación fuere parte;

IV. De las que se susciten entre dos o más Estados;

V. De las que se susciten entre un Estado y uno o más vecinos de otro.

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

los artículos 104 y 105⁸⁶, los cuales fueron objeto de múltiples reformas y reglamentaciones⁸⁷ hasta lograr su configuración actual a raíz de las reformas constitucionales del 31 de diciembre de 1994, para quedar como sigue:

“ARTÍCULO 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:

- a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
- b) La Federación y un Municipio;
- c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
- d) Un Estado y otro;
- e) Un Estado y el Distrito Federal;
- f) El Distrito Federal y un Municipio;
- g) Dos Municipios de diversos Estados;
- h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- i) Un Estado y uno de sus Municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales
- j) Un Estado y un Municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y
- k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los Municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

⁸⁶ Artículo 104. Corresponde a los tribunales de la federación conocer: I. De todas las controversias...III. De aquellas en que la Federación fuese parte. De las que se susciten entre dos o más Estados, o un Estado y la Federación, así como las que surgieran entre los tribunales del Distrito Federal y los de la Federación, o un Estado. V. De las que surjan entre un Estado y uno o más vecinos de otro.

Artículo 105. Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como aquellas en que la Federación fuese parte.

⁸⁷ Para ampliar el conocimiento sobre éste tema, se recomienda consultar la obra del maestro Fix-Zamudio, *Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, antes citada, en sus páginas 210 a 213, así como la precitada obra *La Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional* del autor Carlos Mena Adame, en sus páginas 317 y siguientes.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en controversia;”**

Como ya es costumbre en el presente trabajo, primeramente definamos a las controversias constitucionales. Juventino Castro dice que: “...son procedimientos planteados en forma de juicio ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, accionables por la Federación, los Estados, el Distrito Federal o cuerpos de carácter municipal, y que tienen por objeto solicitar la invalidación de normas generales o de actos no legislativos de otros entes oficiales similares, alegándose que tales normas o actos no se ajustan a lo constitucionalmente ordenado; o bien reclamándose la resolución de diferencias contenciosas sobre límites de los Estados; con el objeto de que se decrete la legal vigencia o la invalidez de las normas o actos impugnados, o el arreglo de límites entre Estados que disienten; todo ello para preservar el sistema y la estructura de la Constitución Política.”⁸⁸

Comenta el autor Carlos Mena que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que “Las controversias constitucionales son juicios que se promueven en única instancia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando se suscitan conflictos entre poderes o niveles de gobierno; y lo que en ellas se controvierte es si alguno de ellos afecta a otro en su esfera competencial,

* Es importante destacar que en el texto de la fracción I del artículo citado, coexisten en realidad dos medios de control de la constitucionalidad, estos son las controversias constitucionales como tales, y los conflictos entre órganos constituidos, en las primeras, el presupuesto procesal es la invasión de esferas competenciales, en los segundos, un órgano constituido impugna un acto ó una omisión de otro órgano constituido, pero no por invadir su esfera de competencia, sino sólo por considerarlo contrario a la Constitución. Véase COVIAN ANDRADE, Miguel, *La Suprema Corte de Justicia y el Control de la Constitucionalidad Diez Años de Fallas e Imprecisiones*, Op. Cit., Págs. 190 a 195.

* Nótese que en los diversos supuestos en los cuales la controversia constitucional puede proceder, no se contemplan los conflictos que se puedan presentar entre dos Municipios de un mismo Estado, entre dos Municipios o más con su Estado o con otra Entidad Federativa, o los que pudiesen ocurrir entre un Municipio y un órgano de gobierno del Distrito Federal, o inclusive con una Delegación Política del mismo, tomando en cuenta que ya la Corte les ha otorgado legitimación activa, ante ésta circunstancia resulta importante mencionar que a nivel local el tema del *control de la constitucionalidad*, ha adquirido cada vez mayor auge, por consiguiente, se han implementado mecanismos de salvaguarda de las constituciones locales, tales son los casos de los Estados de México, Veracruz, Tlaxcala, por mencionar algunos. En el caso del Estado de México, se ha instaurado una Sala Constitucional dentro del propio Tribunal Superior de Justicia, la cual puede conocer precisamente de los conflictos suscitados entre dos Municipios de ésta Entidad Federativa por infracciones a la Constitución estatal. Cfr. BENITEZ TREVIÑO, Humberto, V., LA SALA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE MÉXICO COMO EXPRESIÓN DEL FEDERALISMO DEL SIGLO XXI, México, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, Univesidad Nacional Autónoma de México y LV Legislatura del Estado de México, 2005, Págs. 101 a 129.

⁸⁸ CASTRO Y CASTRO, Juventino, V., EL ARTICULO 105 CONSTITUCIONAL, Op. Cit., Págs. 61 y 62.

contraviniendo con ello a la Constitución Federal.”^{89**}

Desde nuestro punto de vista las controversias constitucionales *son un medio de control concreto de la constitucionalidad de normas o actos, que proceden respecto de conflictos de límites entre Estados, cuando entrañen una vía contenciosa, o contra normas de carácter general o actos en estricto sentido, emitidos por los órganos constituidos ya federales, estatales, del Distrito Federal o municipales, cuando invadan la esfera de competencia de otro órgano, persiguiendo, según la naturaleza del acto impugnado, la invalidez con efectos generales, o la invalidez del acto o la norma en el caso concreto.**

La finalidad principal de las controversias constitucionales es preservar y en su caso reestablecer, el federalismo –Federación, Estados y Municipios-- y la correcta la división de funciones en el ejercicio del poder público –ejecutiva, legislativa y judicial-.

El primer punto a señalar es que el único competente para conocer de éstas controversias es el Pleno de la Suprema Corte, según se desprende de los

⁸⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, ¿QUÉ SON LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES?, Pág. 18, Apud en: MENA ADAME, Carlos, *Op. Cit.*, Pág. 317.

* Es lamentable que la propia Suprema Corte defina de modo tan deficiente y carente de la más elemental técnica jurídica a éste medio de control, en primer lugar, las controversias no se suscitan entre *poderes*, los conflictos se pueden suscitar sólo entre órganos constituidos, máxime que no hay *poderes*, el *poder es único*, pero se divide para su ejercicio en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, salvo que los primeros párrafos de los artículos 49 y 116 de la Constitución digan otra cosa; menos aún los conflictos se pueden dar entre *niveles de gobierno*, hablar de niveles equivale a hablar de diversas alturas o grados entre dos objetos, de subordinación entre ellos, y no es posible decir que la Federación está por encima de las Entidades Estatales, o éstas sobre los Municipios.

* Sobre la parte final de la definición anotada, cabe hacer mención de un interesante dato, la parte que nos interesa dispone “...y lo que en ellas se controvierte es si alguno de ellos afecta a otro en su esfera competencial, *contraviniendo con ello a la Constitución Federal.*” (Las cursivas son nuestras). A raíz de varios casos resueltos en controversias constitucionales por la Corte Suprema –verbigracia el *Caso Valle de Bravo* y el *Caso Tabasco*-, ha surgido el criterio de que pueden proceder las mismas, aún cuando no se argumenten violaciones directas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siempre que se vulneren disposiciones locales, pero que de modo indirecto puedan afectar al pacto federal, es decir, violaciones indirectas a la Constitución. *Cfr.* GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, *CONTROVERSIA SOBRE CONTROVERSIA. DISCUSIÓN EN TORNO AL ALCANCE DE LA COMPETENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTITICA DE LA NACIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES*, 2º edición, México, editorial Porrúa, 2001, Págs. XXXV a XLIII; 1 a 9, y 41 a 47.

* Concientes de la modestia de nuestra definición, aclaramos que la noción apuntada atiende sólo a las *controversias constitucionales*, pues según hemos indicado, en el artículo 105 de la Constitución, fracción primera, se mezclan dos medios de control de la constitucionalidad, diferenciados por los supuestos requeridos para su procedencia, por consiguiente, los *conflictos o controversias entre órganos*, dada su naturaleza, deben ser definidos de otro modo y por tanto, no están comprendidos en la definición que proponemos.

previamente citados artículos 105 de la Constitución, 10, fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y primero de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El término para interponer la controversia constitucional varía, son tres los supuestos que indica el artículo 21 de la Ley de la materia:

“ARTICULO 21. El plazo para la interposición de la demanda será:

I. Tratándose de actos, treinta días contados a partir del día siguiente al en que conforme a la Ley del propio acto surta efectos la notificación de la resolución o acuerdo que se reclame; al en que se haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución; o al en que el actor se ostente sabedor de los mismos;

II. Tratándose de normas generales, de treinta días contados a partir del día siguiente a la fecha de su publicación, o del día siguiente al en que se produzca el primer acto de aplicación de la norma que dé lugar a la controversia; y

III. Tratándose de los conflictos de límites distintos a los previstos en el artículo 73, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de sesenta días contados a partir de la entrada en vigor de la norma general o de la realización del acto que los origine.”

La sustanciación de éstas controversias difieren de la tramitación de las acciones de inconstitucionalidad, pues en el caso de las primeras, el proceso correspondiente si entraña una vía contenciosa. El procedimiento a seguir se describe en los artículos 24 a 38 de la Ley de la materia, de cuyo contenido y de manera sucinta, podemos señalar como etapas del mismo a las siguientes:

1. Presentada la demanda ante la Suprema Corte, dentro de los términos arriba indicados, según el acto impugnado, el Presidente de la misma la turnará a un Ministro instructor para que guíe el proceso y lo ponga en estado de resolución mediante el proyecto de sentencia respectivo, (artículo 24 de la Ley en análisis).

2. El ministro instructor podrá actuar en tres sentidos:

- a) Si al analizar el escrito de demanda, encontrare algún motivo manifiesto e indudable de improcedencia la desechará inmediatamente, (artículo 25 del ordenamiento invocado).
- b) Si el escrito de demanda tuviese alguna irregularidad, prevendrá a la parte actora para que en el plazo de cinco días la subsane, (primer párrafo del artículo 28 de la Ley de la materia), en caso de que el

promoviente haga caso omiso de la vista dada y no realice las aclaraciones solicitadas, el ministro instructor no desechará la demanda, si la importancia del caso lo amerita, dará vista al Procurador General de la República para en el plazo de cinco días realice su pedimento, con o sin él, el ministro decidirá dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes sobre la admisión o desechamiento de la demanda, elaborando un proyecto de desechamiento o de admisión, que someterá al Pleno para su discusión, (párrafo segundo del mismo artículo 28).

c) Admitir la demanda.

3. Admitida la demanda, se dará vista a la parte o partes demandadas y a las demás partes interesadas, para que en treinta días den contestación a la demanda las primeras, o manifiesten lo que a su derecho convenga las segundas. Es importante destacar que al dar contestación a la demanda puede haber una reconvencción, (artículo 26 de la Ley reglamentaria), en cuyo caso, se procederá en los mismos términos anotados en el numeral segundo previamente explicado, (artículo 28 primer párrafo). De no ser contestada la demanda o en su caso la reconvencción, se considerarán presuntamente ciertos los hechos imputados, salvo prueba en contrario, (artículo 30).

4. El actor podrá ampliar su demanda dentro de los quince días siguientes a la contestación, si de la misma se desprenden nuevos hechos, podrá también hacer la ampliación aludida, cuando aparecieren hechos supervenientes, (artículo 27 de la Ley), aplicándose lo señalado en el numeral dos de éste apartado a los escritos de ampliación y de contestación a la misma, (artículo 28 párrafo primero de la Ley de la materia).

5. Una vez contestada la demanda, la reconvencción o la ampliación, o transcurrido el plazo para ello, dentro de los treinta días siguientes –o más, si el ministro instructor así lo determina por la importancia del asunto-, se señalará fecha y hora para que tenga verificativo una audiencia en la que se ofrecerán y desahogarán las pruebas, y se presentarán los alegatos por escrito, (artículo 29), todas las pruebas se rendirán en la audiencia, salvo la documental que podrá

ofrecerse con el escrito inicial, (artículo 32, primer párrafo), están permitidas todas las pruebas, salvo las que sean contrarias al derecho y la confesional por posiciones (numeral 31), las pruebas pericial, de inspección y testimonial deberán prepararse en los mismos términos que en el juicio de amparo, sólo que su anunciación deberá hacerse con diez días de anticipación a la audiencia, sin contar el día de su anuncio, ni el de la audiencia, (párrafos dos y tres del artículo 32). El ministro instructor podrá recabar en todo tiempo aún de oficio, todos los informes o elementos que crea idóneos para la mejor solución del asunto, así como para decretar pruebas para mejor proveer, (artículo 35).

6. Hecho lo anterior, el ministro instructor elaborará un proyecto de sentencia, el cual someterá al Tribunal Pleno para su discusión.

Los efectos de las sentencias merecen un tratamiento especial, pero antes debemos indicar que éstas pueden ser en tres sentidos: “1. Las de sobreseimiento: éstas sentencias declaran que, en virtud de una razón táctica o jurídica, la controversia es improcedente. Esto puede responder tanto a que sea evidente que la norma general o el acto impugnado no existen, como a que surgiera algún supuesto de improcedencia; 2. Las estimatorias: son aquellas en que la Suprema Corte estima que la norma general o los actos reclamados en la controversia atentan, en efecto, contra la competencia del órgano o poder promovente y violan, por tanto, la Constitución Federal; y 3. Las desestimatorias: éstas, por el contrario, declaran explícitamente la constitucionalidad de la norma general o acto impugnado o, por lo menos, no lo declaran inconstitucional por no haberse alcanzado, en la votación, la mayoría requerida por la ley.”⁹⁰

Antes hemos mencionado en qué consisten los efectos de las sentencias, los dos últimos párrafos de la fracción I del artículo 105 constitucional disponen que: “Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los Municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare invalidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos

⁹⁰ MENA ADAME, Carlos, *Op. Cit.*, Pág. 329.

únicamente respecto de las partes en controversia;”, por tanto, los efectos pueden ser generales o particulares, dependiendo de la naturaleza del acto impugnado y de las partes que intervienen en el proceso respectivo, en este sentido se ha pronunciado la Corte en la tesis que obra bajo el rubro: **CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LOS EFECTOS GENERALES DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DE NORMAS GENERALES, DEPENDEN DE LA CATEGORÍA DE LAS PARTES ACTORA Y DEMANDADA.**⁹¹

En éste sentido, el artículo 42 de la Ley reglamentaria dispone que: “ARTICULO 42. Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los Municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) de la fracción I del artículo 105 constitucional, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare invalidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En aquellas controversias respecto de normas en que no se alcance la votación mencionada en el párrafo anterior, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia declarará desestimadas dichas controversias. En éstos casos no será aplicable lo dispuesto en el artículo siguiente.

En todos los demás casos, las resoluciones tendrán efectos únicamente respecto de las partes en controversia;”

Finalmente algunas cuestiones importantes sobre las sentencias que declaran con efectos generales la inconstitucionalidad de un tratado y por tanto su invalidez, son las que el maestro Castro y Castro indica, las cuales son, a saber:

“a) Cuando se declare la invalidez de una norma, sus efectos deberán *extenderse* a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada (artículo 41 fracción IV); Tal declaratoria, por lo tanto, no invalida tan sólo *a una norma*, sino a todas aquellas no impugnadas pero sí relacionadas. Diría yo que es una *invalidación temática*.

b) La declaración de invalidez de las sentencias *no tendrá efectos retroactivos*, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de ésta materia, (artículo 45, segundo párrafo);...

c) Cuando en la sentencia se declare la invalidez de normas generales, el

⁹¹ Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IX, Novena Época, Instancia: Pleno, abril de 1999, tesis P./J.9/99, Pág. 281.

Presidente de la Suprema Corte ordenará además su inserción en el Diario Oficial de la Federación, y en el órgano oficial en que tales normas se hubieran publicado (artículo 44, segundo párrafo).⁹² Por tanto, los efectos de la invalidez del tratado se producirán hasta el momento en que lo determine la Suprema Corte.

Finalmente por lo que hace a la suspensión, en éste medio de control sí procede la concesión de la misma, en términos lacónicos, el maestro Fix-Zamudio expone que: “En cuanto a las medidas precautorias o cautelares, el ministro instructor podrá decretar la suspensión de oficio o a petición de parte del acto que motivare el conflicto hasta antes de que se dicte la sentencia definitiva que ponga fin a la controversia, siempre que no se pongan en peligro la seguridad nacional, la economía nacional o las instituciones fundamentales del orden público, o se afecte a la sociedad en mayor proporción a los beneficios que pudieran obtenerse con el otorgamiento de dicha suspensión. De acuerdo con las reglas generales de las providencias cautelares, el ministro instructor podrá modificar o revocar el auto de suspensión en tanto no se dicte sentencia firme, siempre que ocurra un hecho superviniente que lo fundamente (artículos 15 a 18 de la Ley Reglamentaria).⁹³”

⁹² CASTRO Y CASTRO, Juventino V., EL ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL, *Op. Cit.*, Pág. 261.

⁹³ FIX-ZAMUDIO, Héctor, ESTUDIO DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO, *Op. Cit.*, Págs. 217 y 218.

CAPITULO III
EL CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS
INTERNACIONALES EN EL DERECHO COMPARADO.

3.1 EL CONTROL PREVIO DE NORMAS GENERALES EN EL DERECHO COMPARADO.

El control previo de la constitucionalidad es un mecanismo que garantiza la regularidad constitucional de las normas generales, tanto en un sentido formal como material, cuyo rasgo distintivo consiste en que la verificación correspondiente se lleva a cabo antes de la aprobación de la norma, constituyendo de ese modo, un requisito para la existencia de la misma.¹

A pesar de que el control previo como mecanismo de control de la constitucionalidad es una figura poco explorada en nuestro sistema, su implementación práctica data de mediados del siglo antepasado, es tal la evolución que ha tenido, sobre todo en países europeos, que incluso ha sido adoptado por sujetos de derecho internacional diversos a los Estados. Derivado de lo anterior, existen elementos que nos permiten hacer una clasificación de los sistemas jurídicos en relación con la regulación que le den a éste medio de control, así las cosas tenemos:

- a) Sistemas jurídicos en los cuales el control previo está reglamentado expresamente;
- b) Sistemas jurídicos en los cuales el control previo no tiene una reglamentación expresa, pero se lleva a cabo por otros medios, verbigracia, por así decretarlo los criterios jurisprudenciales;
- c) Sistemas jurídicos en los cuales el control previo no está reglamentado, ni permitida su práctica por otros medios, y
- d) Sistemas jurídicos en los cuales el control previo no sólo no está reglamentado, sino además, prohibida su implementación y su práctica.

¹ *Vid. Supra.* Capítulo II, en el párrafo 2.1.2 denominado: “Control por órgano jurisdiccional” en el cual realizamos una explicación considerable relativa al control previo y damos una definición del mismo.

En el caso del inciso a) podemos señalar como ejemplos a Francia y España, en el caso del inciso b) tenemos a Alemania, en el inciso c) podemos ubicar a México y finalmente en el d) a Países Bajos.*

Esta situación depende en gran medida de la preponderancia que se le dé en cada sistema, al derecho interno o nacional respecto del externo o internacional. La discusión de la supremacía del régimen jurídico interno sobre el internacional o viceversa, no es nueva, sino que data de varios años atrás, de cuyos debates emanan la teoría monista y la teoría dualista, a cuyo estudio nos abocamos en seguida.

Resulta interesante lo que al respecto comenta el autor Carlos de Silva, quien arguye que: “En cuanto al tema de las relaciones entre ambos derechos, se han elaborado distintas teorías que, en principio, pueden clasificarse en dos grupos: las monistas, que consideran que tanto el Derecho internacional como el interno, forman un solo sistema jurídico, y las dualistas, que parten del supuesto de que se está en presencia de dos órdenes jurídicos distintos, independientemente de las relaciones que entre ellos puedan o no existir.

Por lo que hace al problema de si existe o no una jerarquía determinada, también encontramos en la doctrina diversos puntos de vista. Se sostiene, por algunos, que el Derecho estatal interno se encuentra sometido al internacional; por otros, que siendo dos sistemas distintos que regulan materias también distintas, no existe, en principio, la posibilidad de que exista oposición de normas, y, por último, existe la teoría de que el Derecho interno está por encima del internacional, en la medida en que las normas de éste carecen de eficacia mientras no sean reconocidas por el Derecho interno o incorporadas a éste.”²

Para explicar con mayor profundidad en que consisten las teorías antes anotadas, cuyas generalidades han sido expuestas por el autor Carlos de Silva, recurramos nuevamente al genio de Hans Kelsen, quien se ocupó en una gran

* Es importante aclarar que en Países Bajos el control de constitucionalidad, ya preventivo o reparador, está expresamente prohibido, pero sólo para los órganos judiciales, existiendo un control llevado a cabo por órgano político, como en su momento lo veremos.

² DE SILVA, Carlos, LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, en: COSSIO, José Ramón y PÉREZ DE ACHA, Luis M. (Compiladores), LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, México, editorial Fontamara, 2000, Págs. 81 y 82.

parte de sus obras, del estudio de éste problema. Es necesario manifestar que Kelsen era partidario de la teoría monista, considerando que tanto el sistema jurídico nacional como el internacional, constituían un sistema unitario y que sería ilógico pensar que entre ambos sistemas normativos, existiera una línea divisoria que los hiciera autónomos e independientes entre sí, tanto en sus fuentes como en su validez.

En este tenor, Kelsen explicaba la teoría monista manifestando que: “El análisis del derecho internacional ha revelado que la mayoría de sus normas son normas incompletas, que encuentran su complementación en preceptos del derecho nacional. De éste modo, el orden jurídico internacional sólo tiene significación como parte de un orden jurídico universal, que comprende a todos los nacionales. Nuestro análisis nos llevó además a la conclusión de que el orden jurídico internacional determina los ámbitos territorial, personal y temporal de validez de los nacionales, haciendo así posible la coexistencia de una multitud de Estados. Finalmente, hemos visto que el orden jurídico internacional restringe el ámbito material de validez de los órdenes jurídicos nacionales, al someterlos a cierta regulación de sus propias materias, que de otra manera serían arbitrariamente reguladas por cada Estado.

Esta concepción monista es el resultado de un análisis de las normas positivas del derecho internacional que se refieren a los Estados, es decir, a los órdenes jurídicos nacionales. Es desde éste punto de vista del derecho internacional desde donde se descubre su conexión con el derecho nacional y, por tanto, con un orden jurídico universal.”³

Kelsen continua explicando y hasta cierto punto defendiendo la teoría monista argumentando lo siguiente: “...cabe concebir al derecho internacional, junto con los órdenes jurídicos particulares de cada Estado, como un sistema unitario de normas, de igual modo que se acostumbra ver en los órdenes jurídicos estatales particulares una unidad.”⁴

³ KELSEN, Hans, TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO (traducido por Eduardo García Máynez), 2º edición, México, editorial universidad Nacional Autónoma de México, 1995, Págs. 431 y 432.

⁴ KELSEN, Hans, TEORÍA PURA DEL DERECHO, 13º edición, México, editorial Porrúa, 2003, Pág. 330.

Agrega a lo anterior que: “La unidad entre el derecho internacional y el derecho estatal puede ser planteada, con todo, en el terreno epistemológico, de dos maneras distintas; y si se considera a ambos como órdenes de normas obligatorias simultáneamente válidas, ello sólo puede resultar de que se concibe a ambos, de una u otra manera, como un sistema describible en enunciados jurídicos no contradictorios.

Dos complejos normativos de tipo dinámico, como el orden jurídico internacional y un orden jurídico estatal, pueden configurar un sistema unitario en tanto se pone un orden como subordinado al otro, en cuanto uno de ellos contiene una norma que determina la producción de las normas del otro, encontrando éste en aquél su fundamento de validez. La norma fundante básica del orden superior constituye así el fundamento de validez del orden inferior, pero dos complejos normativos pueden configurar también un sistema normativo unitario en tanto ambos órdenes están entre sí coordinados, es decir, en cuanto aparecen recíprocamente delimitados en sus dominios de validez....Si el derecho internacional y el derecho particular de los Estados configuran un sistema unitario, entonces sus relaciones recíprocas tienen que darse en una de las dos formas aquí desarrolladas. El derecho internacional tiene que ser concebido como un orden jurídico delegado por un orden jurídico estatal, y por ende, encadenado a éste, o como un orden jurídico supraordinado a los órdenes estatales, que son su delegación, como un orden jurídico total que abarque a todos los órdenes estatales como órdenes jurídicos parciales. Ambas interpretaciones de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho estatal constituyen una construcción monista.”⁵

Para complementar ésta idea, nuestro autor expone en otra de sus obras que: “La unidad del derecho nacional y el derecho internacional es un postulado epistemológico. El jurista que acepta ambos derechos como conjuntos de normas válidas, debe tratar de concebirlos como partes integrantes de un sistema armónico. Esto es *a priori* posible en cualquiera de las dos formas que vamos a señalar. Dos conjuntos de normas pueden ser partes del mismo sistema normativo

⁵ *Ibidem.*, Págs. 334 y 335.

cuando uno de ellos, siendo inferior, deriva su validez del otro, considerado como superior. El inferior tiene su norma básica relativa, es decir, encuentra la determinación básica de su propia creación en el orden superior. O bien, dos conjuntos de normas forman un sistema normativo, porque hallándose los dos coordinados entre sí, derivan su validez de un tercer orden, el cual, como superior, no solamente determina los ámbitos de éstos, sino la razón de su validez, es decir, la creación de los órganos inferiores...La relación del derecho internacional y el derecho nacional tiene que corresponder a alguno de éstos dos tipos. El derecho internacional puede hallarse supraordinado al nacional o viceversa; o el derecho internacional puede hallarse coordinado al nacional. La coordinación presupone la existencia de un tercer orden superior a los otros dos. Y como no hay un tercer orden superior a los primeros, éstos tiene que hallarse en una relación de supraordinación o de subordinación. Queda excluida por completo la posibilidad de que pudieran existir independientemente uno del otro, sin hallarse coordinados por un orden superior.”⁶

Lo anterior, es por lo que hace a la justificación kelseniana de la teoría monista y también, a la idea de una supraordinación o supremacía del derecho internacional respecto del nacional, pero a raíz de esto, surgen dos cuestiones, la primera de ellas radica en el hecho, de que si el derecho internacional está por encima del nacional, pues estos últimos son ordenes jurídicos parciales, que por tanto, toman su fundamento de validez del primero, ¿de donde toma su fundamento de validez el orden supranacional?, y la segunda, el hecho de que tanto el derecho interno como el externo sean una unidad jurídica ¿es suficiente para excluir conflictos entre ambos?.

Kelsen se manifiesta al respecto del siguiente modo, primero señala que no es posible pensar que tanto el derecho internacional, como los derechos estatales, que constituyen una pluralidad, sean válidos al mismo tiempo, sino que es necesario encontrar el fundamento de validez que les es común a todos, las palabras literales del autor son la siguientes: “No cabe imaginar una multitud de zonas jurídicas aisladas unas de otras en el espacio y en el tiempo, porque es

⁶ KELSSEN, Hans, TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO, *Op. Cit.*, Págs. 443 y 444.

imposible admitir que todos estos diversos sistemas normativos constituyen ordenes jurídicos igualmente válidos, sin referirlos a un centro común que fundamenta la validez y atribuye el carácter jurídico a todos ellos.”⁷, este fundamento de validez, según hemos visto, no lo constituye una tercera fuerza, el fundamento de validez del derecho particular de un Estado, es –según Kelsen– precisamente el derecho internacional. “Si el orden jurídico nacional es considerado sin referencia al derecho internacional, entonces su última razón de validez es norma hipotética que califica a los “padres de la Constitución” como una autoridad creadora del derecho. Pero si tomamos en cuenta al derecho internacional, encontramos que ésta norma hipotética puede derivarse de una norma positiva de tal orden jurídico: el principio de la efectividad. De acuerdo con tal principio el derecho internacional faculta a los “padres de la Constitución” para actuar como primeros legisladores de un Estado...De éste modo, el orden jurídico internacional determina, en virtud del principio de efectividad, no sólo el ámbito de validez, sino también, la razón de validez de los ordenes jurídicos nacionales.”⁸

En este sentido, para Kelsen el fundamento de validez del derecho interno es el derecho internacional, y el fundamento de validez de éste último es la costumbre internacional, explicándolo del modo siguiente: “Si preguntamos por qué la norma creada por esa sentencia es válida, la respuesta nos la ofrece un tratado internacional de acuerdo con la cual esa Corte fue instituida. Si a continuación inquirimos por qué tal tratado es válido, tendremos que referirnos a la norma general que obliga a los Estados a conducirse de acuerdo con los tratados que han celebrado, o sea, la norma comúnmente expresada por medio de la frase *pacta sun servanda*. Tal norma pertenece al derecho internacional general, y este derecho es creado por una costumbre constituida por actos de los Estados. La norma básica del derecho internacional tiene que ser, por consiguiente, una norma que considere a la costumbre como hecho de creación jurídica, y esa norma se

⁷ KELSEN, Hans, TEORÍA GENERAL DEL ESTADO, México, editorial CIICH, UNAM y Ediciones Coyoacán, 2004, Pág. 170.

⁸ KELSEN, Hans., TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO, *Op. Cit.*, Pág. 437.

podría enunciar del siguiente modo: “Los Estados deben conducirse en la forma en que han solido hacerlo.”⁹

Derivado de lo anterior, Kelsen excluye de toda posibilidad la contradicción que pudiera suscitarse entre éstos dos órdenes jurídicos, pues establece que “...un conflicto entre normas de derecho internacional y normas de un derecho estatal, no constituye un conflicto normativo, dado que la situación puede ser descrita en enunciados jurídicos que de ninguna manera se contradicen lógicamente.”¹⁰, esto en virtud de que aún cuando una norma de derecho interno vulnere al ámbito internacional, ésta norma interna es válida, hasta en tanto no se abroge, situación que sólo puede ser contemplada dentro del sistema normativo interno, no en el internacional, máxime, que según nuestro autor, el contenido y la materia entre ambos sistemas son diversos, por tanto, tal probabilidad se ve reducida.

Por otra parte, la teoría dualista o como Kelsen la denomina, pluralista, constituye exactamente la antítesis -para ponerlo en términos dialécticos- de la monista, cuyos postulados se pueden ubicar, *a contrario sensu*, de la teoría primeramente expuesta, por tanto, nos limitaremos a señalar que según la teoría dualista, tanto el orden jurídico interno como el internacional, son sistemas normativos totalmente autónomos e independientes entre sí, tanto en sus fuentes, como en sus contenidos y desde luego en su validez, considerando por consiguiente, que coexisten y son válidos en un mismo espacio y momento.

Diez de Velasco manifiesta que ésta teoría nacida de Triepel y Anzilotti, consiste según el primero en “...una separación radical entre el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos jurídicos internos. Las razones eran que las relaciones que reglamentan ambos derechos son distintas, ya que el internacional está dedicado a regular las relaciones entre Estados y, por el contrario, los internos las relaciones entre individuos. Otro motivo radical de su separación eran las fuentes; pues mientras el D.I., confirme a su posición

⁹ *Ibidem.*, Págs. 439 y 440.

¹⁰ KELSEN, Hans, TEORÍA DEL DERECHO, *Op. Cit.*, Pág. 332.

voluntarista, procedía de la voluntad común de varios Estados los derechos internos procedían de la voluntad unilateral del Estado;...”¹¹

Klaus Stern resume las dos teorías previamente expuestas del modo siguiente: “a) Según las **teorías dualistas o pluralistas** Derecho internacional y Derecho estatal aparecen como dos ordenamientos jurídicos autónomos y separados, mostrando estructuras diferentes. Ambos círculos jurídicos no se cortan. En todo caso sólo se influyen mutuamente en escasa medida; pero sus ámbitos de competencia, sus fuentes de derecho y los destinatarios de sus normas son diferentes. Esta concepción fue definida por *H. Triepel* y *Dionisio Anzilotti*.

b) Según la teoría monista Derecho Internacional y Derecho estatal son sólo ámbitos parciales de un único ordenamiento jurídico. Se da una “unidad de la imagen jurídica del mundo”. Sus principales representantes son *H. Kelsen* y (en la versión del monismo moderado o estructurado) *A. Verdross*.”¹²

Nosotros consideramos, tal vez influenciados por el sistema positivo mexicano imperante en la actualidad y por el sistema educativo que hemos recibido, que en efecto, hay una unicidad entre el derecho interno o nacional y el externo o internacional, pero con una primacía del primero sobre el segundo, esto es así, porque los tratados internacionales como una de las fuentes del derecho internacional -la más importante en tiempos actuales según nuestra óptica- carecen de eficacia normativa inmediata, es decir, su incorporación al derecho nacional está inmersa en una serie de condicionantes, que sólo después de superarlas pueden ser validamente obligatorios en nuestro sistema. Así las cosas, para que los tratados internacionales puedan incorporarse al sistema jurídico mexicano deben estar *de a cuerdo* con la Constitución, tanto en sentido formal, es decir, que se siga el procedimiento establecido constitucionalmente (celebrados por el Ejecutivo y aprobados por el Senado), como en sentido material, o sea, que su contenido no contradiga los lineamientos que la Constitución establece, cuando un tratado es creado bajo éstas condiciones, se vuelve norma interna y no sólo

¹¹ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Op. Cit.*, Pág. 212.

¹² STERN, Klaus, DERECHO DEL ESTADO DE LA REPUBLICA FEDERAL ALEMANA, Madrid, editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1987, Págs. 808 y 809.

eso, sino que además será ley suprema de la unión, tan es así, que la propia Constitución deja que determinadas materias encuentren regulación exclusiva a través de los tratados internacionales, sin que ello sea excusa para pensar que por los reenvíos que la Constitución hace directamente al derecho internacional, éste pueda escapar de los requisitos de eficacia que anteriormente hemos señalado. Esta circunstancia desemboca en la posibilidad de que los tratados internacionales puedan ser objeto de un control de constitucionalidad, aún antes de su aprobación y ulterior ratificación.

Lo anterior no significa que la primacía del derecho nacional constitucional* sobre el internacional sea el sistema que deba imperar en todos los casos, sino que es el que prevalece en nuestro país, existiendo otras naciones, en las cuales el sistema preponderante es el opuesto, al grado de que el control de la constitucionalidad de los tratados está prohibido.

Así las cosas, hemos hecho previamente una clasificación de los sistemas jurídicos en relación con el control previo, quedando justificada la necesidad del estudio primigenio de las teorías monista y dualista, en ésta tesitura, dedicaremos las líneas siguientes a la enunciación de algunos datos referentes a los sistemas que prohíben el control previo de la constitucionalidad de los tratados y al estudio de algunos sujetos de derecho internacional que lo han implementado, dejando para después el estudio de los sistemas en los cuales el control previo opera, ya por disposición expresa de la ley, o bien, por otras fuentes y por lo que respecta a los sistemas en los cuales el control previo de la constitucionalidad de los tratados no esta reglamentado, ya hemos estudiado con amplitud el caso mexicano en el capítulo inmediato anterior, pero debido a la omisión de éste medio de control *a priori* en nuestro sistema, regresaremos en el capítulo final de la tesis al estudio de éste y a su posible implementación en nuestro ordenamiento jurídico.

* Utilizamos ésta expresión para hacer más concreto el campo que abarca, pues si habláramos sólo de *derecho nacional o interno*, podría haber confusión, pues el derecho interno se conforma por la Constitución, los propios tratado, las leyes mismas, etc., por consiguiente, al referimos a un *orden jurídico nacional constitucional*, sólo nos referimos a la Ley Fundamental, a la cual los tratados internacionales están sometidos, ya que según el sistema imperante en la actualidad, los tratados internacionales se colocan, jerárquicamente hablando, por encima de las leyes nacionales.

Holanda es una de las naciones en las cuales el derecho internacional encuentra total supremacía sobre el nacional, por consiguiente, la posibilidad de estudiar la constitucionalidad de los tratados, es casi nula. En efecto, en la propia Constitución de ese país, se encuentran una serie de disposiciones que evidencian y avalan lo previamente afirmado, esencialmente, son reveladores los artículos 90, 91 y 92 de la Constitución de Países Bajos.

En este contexto, los artículos 91 y 92 de la Constitución disponen:

“Artículo 90.- El Gobierno favorecerá el desarrollo del orden jurídico internacional.

Artículo 91.-

1. El Reino no quedará vinculado por tratados, ni éstos se denunciarán sin la previa aprobación de los Estados Generales. La ley determinará los casos en que no se requiera tal aprobación.

2. La ley determinará el procedimiento de aprobación y podrá prever aprobaciones tácitas.

3. Cuando un tratado contenga disposiciones contrarias a la Constitución, las Cámaras no podrán dar su aprobación más que con los dos tercios al menos de los votos emitidos.”

En el primer numeral invocado encontramos expresamente la consagración de la supremacía del derecho internacional sobre el nacional, pues por mandato de la Constitución, el gobierno holandés deberá favorecer el desarrollo del derecho internacional.

Por otra parte, aún cuando un tratado internacional contenga disposiciones contrarias a la Constitución, éste podrá ser aprobado por los órganos constitucionalmente facultados, si en dicha votación concurren dos tercios de los votos totales, lo cual en otros sistemas, daría lugar a la no aprobación del tratado, o en el peor de los casos, a la reforma constitucional. No obstante lo anterior, los tratados internacionales en Países Bajos no están exentos de un control, si bien no jurisdiccional, si político, cuyo ejercicio está encomendado a las Cámaras, las cuales deberán aprobar un tratado, para que así, sea vinculante para el Estado, sin embargo, tal control no es obligatorio, pues pueden darse casos en los cuales no se necesite la aprobación de las mismas para que un tratado sea vinculante y aún, puede darse el supuesto de un *consentimiento tácito*, aunado a lo anterior, como ya se dijo, a pesar de que el tratado contenga disposiciones anticonstitucionales, tal irregularidad constitucional no limita la facultad

parlamentaria para aprobarlo, quedando la constitucionalidad del mismo, como una prerrogativa de los órganos encargados de su aprobación.

Lo anterior encuentra explicación, debido a que el derecho interno está sometido al internacional, como se desprende del artículo 94 que dispone: “Artículo 94.- Las disposiciones legales en vigor en el Reino no serán aplicadas si su aplicación no fuese compatible con las normas de los tratados, o las resoluciones de las organizaciones de derecho internacional público, con efectos vinculantes generales.”

Como podemos observar, no sólo las cláusulas de los tratados internacionales constituyen disposiciones supremas, también las resoluciones de los organismos internacionales, esto es posible debido a que el artículo 92 del ordenamiento constitucional del país de la Europa noroccidental dispone: “Artículo 92.- Mediante tratado o en virtud de un tratado podrán atribuirse competencias legislativas, administrativas y judiciales a organizaciones de derecho internacional público, a condición de observar, si fuese necesario, lo dispuesto en el artículo 91, párrafo tercero.”

Una disposición que resulta sumamente interesante y que constituye la consagración de lo que hasta el momento hemos venido señalando, es el artículo 120, el cual excluye la posibilidad de que los jueces estudien la constitucionalidad de los tratados internacionales y aún de las leyes mismas, éste numeral dice: “Artículo 120.- El juez no puede juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes y de los tratados.”

Por otra parte, anteriormente señalamos que la instauración del control previo de los tratados internacionales ha sido tan fecundo, que inclusive organismos internacionales lo han implementado, el caso más destacado es el de la Unión Europea. Una primera cuestión a establecer, es la determinación de cual es el parámetro de control para llevarlo a cabo, pues como ya lo hemos señalado, el control de la constitucionalidad de los tratados internacionales y en general de cualquier acto, se lleva a cabo respecto de la Constitución, es decir, lo que se va a estudiar es la conformidad o correspondencia con la Constitución, no obstante, la Unión Europea no es un Estado, es un organismo de carácter internacional, es una de las formas de integración regional –económica, política, social y cultural– más acabadas, por tanto, no tiene y no puede tener una Constitución, en todo caso, el instrumento que fungiría como el símil de aquella, sería el tratado internacional por el cual nació, algo así como el acta constitutiva de una sociedad.

En éste contexto, encontramos en el Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957, el documento cimero de la Unión Europea, pues si bien es cierto que han habido otros instrumentos comunitarios de suma importancia, fue con la celebración del tratado señalado con el cual la Unión Europea tuvo su origen.

Bajo estas condiciones, cuando la Unión Europea pretende celebrar un tratado internacional, puede recurrir al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para ver si el tratado respectivo se ajusta o no a lo dispuesto por el Tratado de Roma, el control básicamente consiste en determinar si lo que en aquel tratado se estipula corresponde a la esfera competencial de la Unión Europea, en caso de que se extralimite de sus atribuciones, por ser competencia de alguno de los Estados integrantes, así lo determinará el Tribunal señalado y las resoluciones que emita serán obligatorias para la Unión, no serán meras opiniones consultivas.

3.2 EL CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN ALEMANIA.

Alemania es uno de los países que se caracteriza por su gran avance jurídico, situación que lo hace figurar en la vanguardia de los sistemas normativos de control de la Constitucionalidad, pero el proceso que se siguió para la configuración actual de su sistema no fue fácil, aún cuando ya desde tiempos arcaicos se pueden localizar instituciones que constituyen algunos antecedentes de ciertos procesos que en la actualidad se siguen ante el máximo tribunal alemán.

En el contexto anterior, dice Rainer Arnold que: “Puede constatarse, en particular respecto a las controversias federativas, una cierta continuidad con las formas jurisdiccionales medievales del Tribunal y del Consejo del Imperio (*Reichskammergericht* y *Reichshofrat*), instaurados en el siglo XV. Éstos tribunales resolvían ya los conflictos entre el poder central imperial y las diferentes unidades territoriales que lo integraban. Se conocía también en esa época, aunque de forma limitada, un recurso individual de los súbditos contra sus señores. El Emperador y

la Dieta Imperial (*Reichstag*), sin embargo, estaban exentos del control de esa jurisdicción.”¹³

Agrega el autor antes citado que: “A comienzos del siglo XX se disolvió el Imperio alemán, constituyéndose la “Confederación alemana”. En este nuevo marco, y a pesar del frustrado intento del proyecto de Constitución de la Iglesia de San Pablo de 1849 y de las proposiciones al respecto de algunos juristas (influenciados por la doctrina belga y norteamericana) no se logró establecer un sistema de jurisdicción constitucional propiamente dicho. Sin embargo, en algunos territorios integrantes de la Confederación alemana se instauró, como correspondía al espíritu de la época, la llamada Acusación Ministerial (*Ministeranklage*), y, con ello, el inicio de un cierto control de constitucionalidad en Alemania.

En el Imperio de 1871, la actitud del Canciller Bismarck impidió un desarrollo ulterior de la jurisdicción constitucional, puesto que no se deseaba ningún tipo de control de la actividad ejecutiva por el Poder Judicial.

A pesar de los precedentes mencionados, no se instaura en Alemania una jurisdicción constitucional, al menos tal y como la concebimos hoy, hasta la Constitución de Weimar.”¹⁴

Otro autor que también se inclina por encontrar los prolegómenos de un control de constitucionalidad ya más delineado en la Constitución de Weimar de 1919, y más atrás en la Constitución de 1849, o mejor dicho, en el proyecto de Constitución de 1849 pues nunca estuvo vigente, es Pérez Tremps quien argumenta que: “En Alemania y en toda su zona cultural de influencia también la estructura federal del Estado produjo un germen que acabaría dando su fruto en la Constitución de Weimar de 1919. Las constituciones austro-húngara de 1869 y alemana de 1871 abrieron paso a la denominada *Staatsgerichtsbarkeit* o jurisdicción constitucional de resolución de conflictos entre órganos del Estado, que ya tenía su antecedente en el Tribunal del Imperio, configurado en la Constitución de la Asamblea Nacional reunida en la Iglesia de San Pablo, en

¹³ ARNOLD, Rainer, LA UNIFICACIÓN ALEMANA. ESTUDIOS SOBRE DERECHO ALEMÁN Y EUROPEO, España, editorial Civitas, 1993, Pág. 94.

¹⁴ *Ibidem.*, Págs. 95 y 96.

Frankfurt de Meno de 1849, cuyas competencias eran, incluso, más amplias que las atribuidas en las posteriores Constituciones al Tribunal Imperial; no obstante la Constitución de 1849 nunca llegó a tener efectividad alguna.”¹⁵, sobre éste mismo documento fundamental, el autor Peter Haberle manifiesta: “La Constitución del imperio de 1849 (Iglesia de San Pablo), que no entró nunca en vigor (pero fue muy irradiadora, más tarde, como Proyecto), sin embargo, había planeado, muy previsoramente, una jurisdicción constitucional ejercida por el Tribunal del Imperio: introdujo procesos que se anticiparon a los ulteriores procesos del amparo constitucional, y las controversias federales y orgánicas...”¹⁶

Podemos observar que ningún documento constitucional estableció mecanismos constitucionales de control como el de 1919, “Ni siquiera la Constitución de Bismarck de 1871 conoció un Tribunal del Estado; el Tribunal del Imperio instituido en 1879 en Leipzig no emitió ninguna jurisprudencia...La Constitución del Imperio de Weimar de 1919 instituyó un Tribunal de Estado alemán (artículo 108), cuya jurisprudencia está documentada en seis tomos desde 1929. Entre sus competencias se encontraban, sobre todo, las controversias orgánicas dentro de un *Land* y las controversias federales entre el imperio y los *Länder*.”¹⁷

Una vez que hemos visto a grandes rasgos algunos bosquejos históricos del constitucionalismo alemán, podemos señalar –entrando a un ámbito ya positivo– que la Constitución alemana vigente desde 1949 establece un auténtico sistema de control de constitucionalidad, tan amplio y tan bien articulado, que lo han colocado como uno de los paradigmas en épocas modernas.

Antes de verificar la operatividad del control previo de normas en el sistema alemán, conviene hacer algunas anotaciones sobre los tratados internacionales, en virtud de que en la Constitución de Alemania se establecen una serie de disposiciones que resultan interesantes comentar antes de entrar a un estudio más detallado.

¹⁵ PÉREZ TREMPES, Pablo, ESTUDIOS SOBRE JUSTICIA CONSTITUCIONAL, *Op. Cit.*, Pág. 31.

¹⁶ HABERLE, Peter, EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO TRIBUNAL CIUDADANO. EL RECURSO CONSTITUCIONAL DE AMPARO, México, editorial FUNDAp, 2005, Pág. 88.

¹⁷ *Ibidem.*, Pág. 87.

Así las cosas, el artículo 25 constitucional dispone: “Artículo 25. Las normas generales del derecho de gentes constituyen parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos y deberes de modo inmediato para los habitantes del territorio federal.”

El procedimiento para la creación de un tratado internacional, del mismo modo que en el caso mexicano, se le encomienda al Ejecutivo, en éste tenor, el numeral 1, del artículo 59 del código político alemán establece: “Artículo 59.1 El Presidente Federal representa a la Federación en el orden del Derecho Internacional. En nombre de la Federación concluye los tratados con Estados extranjeros, acredita y recibe a los ministros plenipotenciarios.”

Aunado a lo anterior, cuando la celebración un tratado internacional verse sobre determinadas materias, que el propio texto constitucional señala, se necesitará la aprobación, mediante una ley de los órganos legislativos competentes, o sea, los federales, así, el numeral 2 del citado artículo 59 constitucional dispone: “Artículo 59...2. Los tratados que regulan las relaciones políticas de la Federación o se refieren a materias de la legislación federal requieren la aprobación o intervención, a través de una Ley Federal, de los respectivos órganos competentes de legislación federal. A los convenios administrativos se aplicarán por analogía las disposiciones relativas a la administración.”

Alemania es uno de los países en los cuales se requiere previamente a la incorporación de un intratado internacional, la expedición de una ley que así lo determine, cuando aquél verse sobre determinadas materias, en éste tenor, Klaus Stern comenta: “Los tratados contemplados por el artículo 59.2.1 LFB “necesitan **la aprobación o la colaboración**, en forma de **Ley Federal**, de los órganos con competencia, en cada caso, legislativa federal. La finalidad de ésta norma es permitir la colaboración y el control en la potestad exterior por parte de los parlamentos...Para la forma de participación de los órganos legislativos prevista en el art. 59.2.1 LF se ha consolidado la expresión “Ley de aprobación” o “ley de tratados”. Las leyes publicadas en la segunda parte del Boletín Oficial Federal suelen tener el siguiente contenido: “El tratado...es aprobado. El tratado se publica a continuación. Ésta ley entra en vigor el...el día en que el Tratado, en virtud de su art...entra en vigor se hará publicado en el Boletín Oficial Federal”. ”¹⁸

¹⁸ STERN, Klaus, *Op. Cit.*, Págs. 844 y 845.

Resulta interesante mencionar, que según el mismo Stern, los órganos parlamentarios sólo pueden actuar en dos sentidos, que son: aprobar la ley y/o rechazar el tratado en su conjunto, por tanto, no pueden hacer modificaciones al mismo, pues en el mejor de los casos, podrían hacer modificaciones pero solamente a la ley de aprobación del tratado.

Un aspecto relevante se desprende del contenido del artículo 79 de la ley fundamental alemana, que dice: “Artículo 79.1. La Ley Fundamental sólo podrá ser modificada por medio de otra ley que expresamente altere el tenor literal de la Ley Fundamental o lo suplemente. Para los tratados internacionales que tengan por objeto un acuerdo de paz, la preparación del mismo o la supresión de un régimen jurídico de ocupación o que estén encaminados a servir a la defensa de la Republica Federal, bastará para hacer constar que las disposiciones de la Ley Fundamental no se oponen al concierto y a la puesta en vigor de dichos tratados una adición al texto de la Ley Fundamental, que se limitará a dicha aclaración.

2. La ley de referencia requerirá la conformidad de dos tercios de los miembros de la Dieta Federal y dos tercios de los votos del Consejo Federal.”

Una vez que hemos analizado algunos datos históricos sobre el constitucionalismo alemán y conocemos ciertas disposiciones relevantes, relativas a la celebración de los tratados internacionales, entremos al estudio técnico del control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales en el sistema jurídico germano.

Una anotación importante que debemos hacer, es que el control previo de constitucionalidad, es una figura excepcional en el sistema alemán, que aún cuando pudiere encontrar sustento en la normativa constitucional, su existencia se ha fortalecido con determinadas resoluciones del Tribunal Constitucional germano*, en éste tenor, resulta compatible con las palabras previas, lo que

* Un sector de la doctrina manifiesta que una de las resoluciones más ilustrativas en ésta materia es la sentencia de la Segunda Sala de 28 de febrero de 1961, que obra bajo el número 12,205, en ella se vierten razonamientos tendientes a la explicación del principio de la *lealtad federal*, en la parte medular de la resolución se expresa: “...El principio fundamental puede justificar, además, en casos en los que la ley exige un entendimiento entre la Federación y los Estados, un creciente deber de colaboración de todos los participantes, y llevar de éste modo a que se tenga en cuenta la oposición de uno de los participantes frente a un entendimiento simultáneo. Ese límite legal se evidencia mas en la idea de la lealtad federal para el ejercicio de las competencias legislativas: “si los efectos de una reglamentación legal no se limitan al ámbito de un Estado, entonces el legislador estatal deberá tener en cuenta los intereses de la Federación y de los Estados” Del principio constitucional del deber de un comportamiento leal se origina el deber de los Estados de acatar los acuerdos internacionales celebrados por la Federación...”. El contenido integral de la resolución puede consultarse en: ANZOLA GIL, Marcela, Introducción del libro CINCUENTA AÑOS DE

expresan, Rainer Arnorld, en el sentido de que: “El control de constitucionalidad se efectúa casi exclusivamente a posteriori. Se prevé, sin embargo, un control previo de constitucionalidad sobre las leyes de aprobación de un tratado internacional...”¹⁹, y Klaus Stern que dice: “No obstante, procede el control por parte de la jurisdicción constitucional antes de la entrada en vigor de la Ley-Tratado.”²⁰, pero todavía más reveladoras resultan las palabras de Joaquín Brage Camazano, quien expone que: “Aunque la Constitución (artículo 100.2) y la BVGG artículo 13 BVGG Y sección 12 de la parte III (*Besondere Verfahrensvorschriften*) sólo prevén el control *a posteriori*, el Tribunal Constitucional –sin apoyo legal y en una resolución claramente creativa- admitió en su sentencia del 8 de diciembre de 1952 la posibilidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los tratados previamente a su ratificación con ocasión de un dictamen solicitado por los gobiernos de los *Länder* o por la tercera parte de los miembros del Bundestag...Como nos recuerda Hesse, si aquí el control del Tribunal es lícito incluso *ya previamente* al otorgamiento y publicación (vor der Ausfertigung und Verkündung) de la norma, aunque sólo cuando el proceso en los cuerpos legislativos esté cerrado, ello se debe a que se trata de este modo de evitar que “sean asumidas obligaciones internacionales en contradicción con el derecho interno del Estado”.”²¹

El control previo como antes lo hemos señalado, corresponde a un control abstracto de la constitucionalidad de las normas, el cual tiene su fundamento en el artículo 93.1, inciso 2, de la norma fundamental, el cual dice textualmente:

“Artículo 93.

1. El tribunal Constitucional Federal decidirá:

...

2) en casos de discrepancia o de dudas sobre la compatibilidad formal y objetiva del derecho federal o del derecho de un Estado con la presente Ley Fundamental o compatibilidad del derecho

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMAN, en: SCHWABE, Jurgen, (Compilador), CINCUENTA AÑOS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMAN, [traducción de Marcela Anzola Gil], Colombia, editorial Konrad Adenauer-Stiftung y Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, Pág. 348.

¹⁹ ARNOLD, Rainer, *Op. Cit.*, Pág. 102.

²⁰ STERN, Klaus, *Op. Cit.*, Pág. 846.

²¹ BRAGE CAMAZANO, Joaquín, LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, México, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, Pág. 152, (Nota al pie de página 291).

de un Estado con otras normas de derecho federal, a instancias del Gobierno Federal, de un Gobierno regional o de un tercio de los componentes de la Dieta Federal;”

En efecto, en éste artículo encontramos la fuente del control abstracto de normas existente en Alemania, pues por medio de éste numeral se permite que el órgano competente estudie la compatibilidad del derecho ya federal o local con la Constitución, además, utilizando el constituyente la frase “...*duda sobre la compatibilidad...*” deja –a nuestra consideración- abierta la posibilidad de que la fiscalización sea antes de la entrada en vigor del acto controlado. Por otra parte, aún cuando el texto del artículo 93 constitucional no hace referencia expresa a los tratados internacionales, si hace mención al “...derecho federal...” y según vimos previamente, el derecho de gentes o derecho internacional, incluidos en él, desde luego, los tratados internacionales, forman parte del derecho federal, según lo consagra el artículo 25 de la Carta Política alemana, que a la letra dice: “Artículo 25. *Las normas generales del derecho de gentes constituyen parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos y deberes de modo inmediato para los habitantes del territorio federal.*” (Las cursivas son nuestras).

3.2.1 ORGANOS LEGITIMADOS PARA SOLICITAR EL CONTROL PREVIO.

Como constantemente lo hemos manifestado, el control previo de normas generales es un control de tipo abstracto, que tiene su fundamento en el artículo 93.1, inciso 2, de la Constitución, éste control abstracto de normas en el derecho teutón puede activarse por:

1. El gobierno federal;
2. El gobierno de cualquiera de los *Lander* (Unidades políticas similares a una Entidad Federativa, si la comparación la hacemos con México), y
3. Por una tercera parte del Parlamento Federal, Dieta Federal ó *Bundestag*. (Continuando con el símil anterior, éste órgano correspondería a nuestra Cámara de Diputados).

Lo anterior encuentra también su fundamento en el artículo 13, numeral 6, de la Ley Sobre el Tribunal Constitucional Federal -en adelante LTCF-, del doce de

marzo de 1951, mismo que consagra: “Artículo 13. El Tribunal Constitucional Federal decide en los casos que determine la Ley Fundamental, o sea:

...

6. En caso de las diferencias de opinión o dudas sobre la compatibilidad formal o material del derecho federal o de los Estados con la Ley Fundamental, o de la compatibilidad del derecho de un Estado con el derecho federal a solicitud del Gobierno Federal, el Gobierno de un Estado, o la tercera parte de los miembros del Parlamento Federal (artículo 93 num. 1 y 2 de la Ley Fundamental.);”

A continuación explicaremos de manera lacónica cual es la integración de cada uno de éstos órganos constitucionalmente legitimados para pedir éste medio de control.

1. Gobierno Federal. Hay que precisar que debe distinguirse éste –el Gobierno- del Presidente como tal. El Presidente de la República, participa en la formación del Gobierno Federal, el cual se compone por el Canciller Federal (*Bundeskanzler*), y por un Consejo de Ministros Federales (*Bundesminister*), según se consagra en el artículo 62 constitucional. A continuación nos permitiremos transcribir los numerales constitucionales más relevantes, tanto relativos al Presidente como al Gobierno Federal.

“CAPÍTULO V

Del Presidente de la República Federal.

Artículo 54

1. El Presidente de la República será elegido sin deliberación previa por la Asamblea Federal. Será elegible todo alemán que tenga derecho a votar en las elecciones a la Dieta Federal y cuarenta años de edad cumplidos.

2. El mandato del Presidente Federal durará cinco años. Sólo podrá ser inmediatamente reelegible una vez.

3. La Asamblea Federal estará compuesta por los miembros de la Dieta Federal y por un número igual de componentes que serán elegidos por las asambleas representativas del pueblo de los distintos Estados, según los principios de la representación proporcional.

4. La Asamblea Federal se reunirá a más tardar treinta días antes de expirar el periodo de mandato del Presidente Federal, y, en el supuesto de que este finalice antes de lo previsto, treinta días como máximo después de su expiración, y será convocada por el Presidente de la Dieta Federal.

5. Finalizada la legislatura, comenzará el plazo del párrafo 4, inciso primero, a partir de la primera reunión de la Dieta Federal.

6. Será elegido quien obtenga el voto de la mayoría de los componentes de la Asamblea Federal. Si ningún candidato obtuviera esta mayoría en dos votaciones sucesivas, resultara elegido el que en una votación posterior obtenga el mayor número de votos.

7. Una Ley Federal regulará los pormenores de aplicación.

CAPÍTULO VI

Del Gobierno Federal

Artículo 62.

El Gobierno Federal estará compuesto por el Canciller federal y los Ministros federales.

Artículo 63.

1. El Canciller federal será elegido a propuesta del Presidente de la Republica por la Dieta Federal sin debate alguno.

2. Será elegido quien obtenga los votos de la mayoría de los componentes de la Dieta Federal. El elegido deberá ser nombrado por el Presidente federal.

3. Si la persona propuesta no fuere elegida, podrá la Dieta Federal, dentro de un plazo de catorce días tras la operación electoral, elegir un Canciller federal por más de la mitad de sus miembros.

4. De no celebrarse elección dentro del plazo de referencia, deberá celebrarse sin demora una nueva elección, en la cual resultará elegido quien consiga el mayor numero de votos. Si la persona electa hubiere obtenido los votos de la mayoría de los componentes de la Dieta Federal, deberá el Presidente de la Republica nombrarle formalmente dentro de los siete días siguientes. Si la persona electa no hubiere alcanzado dicha mayoría, el Presidente federal deberá, dentro de los siete días siguientes, ora nombrar al así elegido, ora disolver la Dieta Federal.

Artículo 64.

1. Los Ministros federales serán nombrados y revocados por el Presidente de la Republica o a propuesta del Canciller federal.

2. El Canciller federal y los Ministros federales prestaran, al tomar posesión de sus cargos, el juramento previsto en el artículo 56.

Artículo 65.

El Canciller federal determinará las directrices de la política y asumirá la responsabilidad de las mismas. Dentro de esas directrices cada Ministro federal dirigirá su ámbito de competencia con independencia y bajo su propia responsabilidad. El Gobierno Federal se pronunciará sobre las discrepancias de parecer entre los Ministros federales.

El Canciller federal dirigirá los asuntos del Gobierno mediante un Reglamento interior acordado por el propio Gobierno y aprobado por el Presidente de la Republica.”

2. Gobiernos de los Lander. Por lo que hace a los gobiernos de los Estados o *Lander*, el principal dispositivo constitucional que regula su integración es el siguiente:

“Artículo 28.

1. El orden constitucional de los Länder deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental. En los Länder, distritos y municipios, el pueblo deberá tener una representación surgida de elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas. En los distritos y municipios, de acuerdo con el Derecho de la Comunidad Europea, el derecho de votar y de ser elegido lo tienen también las personas que posean la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Europea. En los municipios, en lugar de un cuerpo elegido podrá actuar la asamblea municipal.

2. Deberá garantizarse a los municipios el derecho a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local. Las asociaciones de municipios tienen igualmente, dentro del marco de sus competencias legales y de acuerdo con las leyes, el derecho de autonomía administrativa. La garantía de la autonomía abarca también las bases de la propia responsabilidad financiera; estas bases incluyen una fuente tributaria que, junto con el derecho de fijar los tipos de recaudación, corresponde a los municipios y se rige por la respectiva capacidad económica.

3. La Federación garantizará que el orden constitucional de los Estados regionales responda a los derechos fundamentales y a las disposiciones de los párrafos 1 y 2.”

3. El Bundestag. Se encuentra regulado en los artículos 38 a 49 de la Constitución, en su capítulo III denominado “De la Dieta Federal” (*Der Bundestag*), el número de sus integrantes varía, pero cabe decir que en 2003 contaba con 669 miembros, y sus lineamientos esenciales se desprenden del artículo 38, que a la letra dice:

“CAPÍTULO III

De la Dieta Federal.

Artículo 38.

1. Los diputados de la Dieta Federal Alemana serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igualitario y secreto. Representarán al pueblo entero, no estarán ligados por mandato ni instrucción y sólo estarán sujetos a su propia conciencia.

2. Tendrán derecho a votar quienes hayan cumplido dieciocho años de edad y serán elegidos quienes hayan cumplido la edad en que esté fijada la mayoría de edad legal.

3. Una ley federal fijará los pormenores de aplicación. “

Cabe señalar que la Dieta Federal se elegirá cada cuatro años, ella misma nombrará a su Presidente, al Vicepresidente y a los Secretarios, emitirá su propia reglamentación interna y tendrá todas las facultades inherentes a los cuerpos legislativos.

3.2.2 ORGANO COMPETENTE PARA CONOCER DEL CONTROL PREVIO.

El órgano competente para conocer no sólo del control preventivo, sino de cualquier medio de control de constitucionalidad, es el Tribunal Constitucional Federal –TCF-, éste es un órgano judicial especializado, que nos lleva a la conclusión, de que en Alemania se tiene un sistema de control llevado a cabo por órgano jurisdiccional, perteneciendo el país teutón, a los sistemas concentrados del control de la Constitucionalidad.

A continuación daremos un breve panorama histórico del TCF, para no perder la pauta impuesta en la estructura de nuestra investigación desde sus orígenes. En los inicios de éste apartado hicimos una breve referencia histórica que nos permitió conocer la historia constitucional alemana hasta la consagración de su sistema actual, esos mismos datos nos sirven ahora de apoyo para poder afirmar que, aunque el Tribunal Constitucional Federal encuentra su consagración formal y primigenia en la Constitución de 1949, antes habían existido otros órganos similares -al menos en su función de garante del orden constitucional- desde el Tribunal de Imperio de siglo XV, hasta el Tribunal del *Reich* en la Constitución de Weimar de 1919, en éste mismo tenor y a manera de conglomerado informativo de carácter histórico, podemos señalar que “A pesar de que en Alemania el control constitucional encuentra sus raíces en los siglos XV y XVI, con el Tribunal del Imperio y el Consejo Imperial, órganos especializados que tenían como función primordial la salvaguarda de los derechos individuales, y que en la Constitución imperial de Weimar (art. 108) se previó la existencia de un Tribunal Constitucional, que tenía como función principal conocer de las acusaciones del Reichstag (Parlamento) en contra del Presidente del Imperio o de un ministro, así como de la resolución de conflictos entre los diferentes Estados, entre el Imperio y los Estados y –subsidiariamente- de las controversias constitucionales al interior de los Estados, y que el artículo 13 de la Constitución de Weimar permitía un control constitucional abstracto en caso de dudas sobre la compatibilidad del derecho de uno de los Estados con el Derecho del Imperio, solo

hasta la Ley Fundamental de 23 de mayo de 1949, se puede hablar de un verdadero control constitucional.”²²

Por obvias razones, el órgano competente para conocer de éste medio de control es el Tribunal Constitucional Federal. Dividiremos el estudio de éste órgano, del modo siguiente:

1. Fundamento constitucional y naturaleza jurídica;
2. Integración y designación de sus miembros, y
3. Ámbito competencial y funcionamiento.

1. El fundamento constitucional del Tribunal Constitucional Federal, lo encontramos en el artículo 92, contenido en el Capítulo IX, llamado “De la Jurisdicción”, mismo que dispone:

“CAPÍTULO IX

De la Jurisdicción.

Artículo 92.

Se encomienda a los jueces el poder judicial, que será ejercido por el Tribunal Constitucional Federal por los Tribunales Federales que se prevén en la presente Ley Fundamental y los tribunales de los Estados. “

Definida por el artículo primero, inciso (1) de la LTCF su naturaleza jurídica, se dispone “El Tribunal Constitucional Federal es un tribunal federal autónomo e independiente respecto de los restantes órganos constitucionales.”

Resulta totalmente *sui generis* la naturaleza de éste órgano, en virtud de que, si bien es un verdadero Tribunal Constitucional, no sólo por su denominación o por sus atribuciones, sino por colocarse en un ámbito paralelo respecto de los restantes poderes estatales, no deja de cuasar inquietud el hecho de que no constituye un cuarto poder, como en otros países, sino que está depositado dentro del propio Poder Judicial, lo cual se sale un poco de los causes tradicionales que rigen para los Tribunales Constitucionales.

2. Integración y designación de sus miembros. Según dispone el artículo 94 constitucional, el TCF se compondrá por jueces federales, y otros miembros, los cuales serán nombrados por el Poder Legislativo, el cual, como ya es sabido, se

²² ANZOLA GIL, Marcela, Introducción del libro CINCUENTA AÑOS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMAN, en: SCHWABE, Jorgen, *Op. Cit.*, Pág. XXI.

integra por la Dieta Federal o *Bundestag* y el Consejo Federal llamado también *Bundesrat*, cada uno de éstos órganos elegirá a la mitad de los jueces federales, en éste tenor, el artículo 94 constitucional consagra:

“Artículo 94

1. El Tribunal Constitucional Federal estará compuesto de jueces federales y otros miembros. Los miembros del Tribunal Constitucional Federal serán elegidos por mitades por la Dieta Federal y el Consejo Federal. No podrán, sin embargo, pertenecer a la Dieta Federal, al Consejo Federal, al Gobierno Federal ni a órganos equivalentes de Estado alguno.

2. Una ley federal regulará la composición y el procedimiento del tribunal y determinará en que casos sus decisiones tendrán fuerza de ley. Dicha ley podrá disponer que para los recursos constitucionales sea condición necesaria el agotamiento previo de la vía de apelación, así como prever un procedimiento especial de recepción de los asuntos.”

La ley federal a que alude el numeral cimero es la Ley Sobre el Tribunal Constitucional Federal del 12 de marzo de 1951, la cual desarrolla de manera puntual los lineamientos señalados por la Ley Suprema.

El TCF se integra por 16 miembros, los cuales funcionarán en pleno y en Salas, cada Sala se compone a su vez por ocho jueces, tres jueces de cada Sala serán elegidos dentro de los jueces de los Tribunales Federales, que hayan tenido una experiencia previa en la judicatura de cuando menos tres años. (Artículo 2 de la LTCF). Los jueces constitucionales durarán en su encargo doce años, y permanecerán en su cargo todo el tiempo salvo que cumplan sesenta y ocho años, en cuyo supuesto habrá lugar al retiro obligatorio (artículo 4 de la Ley), no son reelegibles, tienen un régimen de incompatibilidad delineado en el artículo 3 numerales 3 y 4 de la LTCF, además, deberán tener cuarenta años cumplidos y manifestar por escrito su voluntad de pertenecer al TCF (artículo 3, numeral 1 de la Ley).

Como antes lo mencionamos, los jueces del TCF son nombrados por la Dieta Federal y por el Consejo Federal, pero en uno y otro caso, los procedimientos que se siguen difieren sustancialmente, a pesar de ello, la necesidad de lograr mayorías calificadas trae aparejada la obligación de obtener consensos entre las diversas fuerzas políticas.

En éste sentido Peter Haberle manifiesta que: “Desde hace ya bastante tiempo hay un acuerdo entre los dos principales partidos políticos (CDU/CSU y SPD: demócratas cristianos y social demócratas) para proponer una cuarta parte de las vacantes a personalidades neutrales, lo que sólo significa que no pueden tener militancia en un partido político.”²³, pese a lo anterior, agrega el autor que: “...la elección de los jueces constitucionales federales pertenece a los “temas a reformar”. La influencia de los partidos políticos es excesiva. Reclaman sin disimulos “su” silla judicial para uno de los suyos. Así, hay un determinado número de puestos que “pertenecen” al Partido Socialista de Alemania o a la Unión Democrática-Cristiana, de vez en cuando uno para el Partido Demócrata Liberal, ahora también uno para el Partido de “ Alianza 90/Los verdes...”²⁴

a) Procedimiento ante el Parlamento Federal. Del parlamento Federal se integrará una comisión constituida por doce miembros del mismo, cada fracción de éste cuerpo integrado podrá hacer una propuesta, de cada una de esas se hará una votación y se elegirán a un cierto número de miembros potenciales, los sujetos propuestos, que sean votados por ocho votos de los miembros de la comisión, por lo menos, son los que ocuparán el puesto de juez constitucional. (Artículo 6 de la LTCF).

b) Procedimiento ante el Consejo Federal. Aquí es más sencillo, pues para que una persona pueda ser elegido como juez del TCF, será necesario que su candidatura sea aprobada por las dos terceras partes de *Bundesrat*.

Es importante destacar que los mismos órganos legislativos que acuerdan la integración del Tribunal Constitucional, designan también al Presidente y al Vicepresidente del mismo, en tratándose de la primera elección, al Parlamento Federal le corresponderá nombrar al Presidente y al Consejo Federal al Vicepresidente, éste último deberá pertenecer a la Sala diferente a la que pertenece el Presidente, circunstancias que derivan del artículo 9 de la Ley, las ulteriores designaciones se harán alternativamente.

²³ HABERLE, Peter, *Op. Cit.*, Págs. 27 y 28.

²⁴ *Ibidem.*, Pág. 56.

Una cuestión a resaltar, desde un aspecto comparativo con nuestra Suprema Corte, radica en que según nuestro parecer, la integración del Tribunal en números pares, tanto del Pleno como de las Salas, hace más propensa la posibilidad de empates en sus resoluciones, por otra parte, en el caso de Alemania, el Presidente del Tribunal sí forma parte de una de las Salas, en México, la Suprema Corte se configura por números noes –ya tratándose del Pleno, once Ministros, o de las Salas cinco miembros cada una- y el Presidente de la misma no integra ninguna de las Salas del máximo tribunal.

3. **Ámbito competencial y funcionamiento.** La competencia del TCF se encuentra prevista en el artículo 93 del texto fundamental y en el artículo 13 de la Ley reglamentaria, que establecen respectivamente:

“Artículo 93

1. El tribunal Constitucional Federal decidirá:

1) sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental con motivo de conflictos sobre el alcance de los derechos y obligaciones de un órgano federal supremo o de otras partes que tengan derecho propio por esta Ley Fundamental o por el Reglamento de un órgano federal supremo;

2) en casos de discrepancia o de dudas sobre la compatibilidad formal y objetiva del derecho federal o del derecho de un Estado con la presente Ley Fundamental o compatibilidad del derecho de un Estado con otras normas de derecho federal, a instancias del Gobierno Federal, de un Gobierno regional o de un tercio de los componentes de la Dieta Federal;

2.a) en caso de controversias sobre si una ley se adecua a los requisitos del artículo 72, apartado 2, a petición del Bundesrat, del Gobierno de un Land o de la Asamblea legislativa de un Land;²⁵

3) en el supuesto de discrepancia sobre derechos y deberes de la Federación y de los Estados, especialmente en la aplicación del ordenamiento federal por los Estados y en el ejercicio de la supervisión federal;

4) en otros conflictos de derecho publico entre la Federación y los Estados, entre diversos Estados o dentro de un mismo Estado, cuando no se de otro recurso;

4.a) sobre reclamaciones de orden constitucional que podrán ser interpuestas por cualquiera mediante alegación de que la autoridad pública le ha lesionado en alguno de sus derechos

²⁵Artículo 72

...

2. En este ámbito, la Federación tiene el derecho de legislar siempre que y en cuanto exista la necesidad de una regulación legislativa federal porque así lo requieran la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica en interés de la totalidad del Estado.

fundamentales o en uno de los derechos especificados en los artículos 20, párrafo 4; 33, 38, 101, 103 y 104;²⁶

4.b) sobre reclamaciones constitucionales de municipios y asociaciones de municipios por infracción del derecho de autonomía administrativa del artículo 28 en una ley, si bien, cuando se trate de leyes regionales sólo en el supuesto de que no quepa recurso ante el Tribunal Constitucional del Estado en cuestión;

5) en los demás casos previstos en la presente Ley Fundamental.

2. El Tribunal Constitucional Federal actuará además en los demás supuestos que le incumban en virtud de lo previsto en alguna ley federal.”

Artículo 13. El Tribunal Constitucional Federal decide en los casos que determine la Ley Fundamental, o sea:

²⁶Artículo 20...4. Todo alemán tendrá derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden de referencia.

Artículo 33

1. Todos los alemanes tendrán en cada Estado los mismos derechos y deberes cívicos.
2. Todos los alemanes tendrán, según su aptitud, su capacidad y su competencia profesional, igualdad de acceso a cualesquiera cargos públicos.
3. Serán independientes de toda profesión religiosa el disfrute de derechos civiles y cívicos y la admisión a cargos públicos, así como los derechos adquiridos en la función pública, y a nadie le podrá derivar perjuicio alguno por pertenecer o por no pertenecer a una confesión o ideología determinada.
4. El ejercicio de las competencias de soberanía se encomendará por regla general a título de tarea permanente a funcionarios públicos de carrera, que estarán sujetos a una relación de derecho público de servicio y de lealtad.
5. El régimen jurídico de la función pública se regulará dentro del respeto a los principios fundamentales tradicionales del funcionariado de carrera.

Artículo 38

1. Los diputados de la Dieta Federal Alemana serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igualitario y secreto. Representaran al pueblo entero, no estarán ligados por mandato ni instrucción y solo estarán sujetos a su propia conciencia.

Artículo 101

1. Serán ilícitos cualesquiera tribunales de excepción. Nadie podrá ser sustraído a su juez legal.
2. Sólo por ley se podrán crear tribunales para materias determinadas.

Artículo 103

1. Todos tendrán derecho a ser oídos legalmente ante los tribunales.
2. Un acto sólo podrá ser castigado cuando la pena esté ya prevista por ley antes de cometerse aquel.
3. Nadie podrá ser condenado, más de una vez por el mismo acto en virtud de las leyes penales generales.

Artículo 104

1. La libertad personal sólo se podrá limitar en virtud de una ley formal y con observancia de las formalidades prescritas por ella. Ningún detenido podrá ser maltratado física ni moralmente.
2. Sólo el juez podrá pronunciarse sobre la procedencia y continuación de una privación de libertad. En todo supuesto de privación de libertad sin mandamiento judicial se deberá obtener sin demora un auto del juez. La policía no podrá por su propia autoridad mantener detenido a nadie más allá de la expiración del día siguiente al de la detención. La reglamentación de este precepto se hará por ley.
3. Toda persona detenida preventivamente por sospecha de acción punible deberá ser llevada ante el juez al día siguiente, a más tardar, de la detención, y el juez deberá comunicar al detenido los motivos de la detención, interrogarle y darle oportunidad para que formule objeciones. El juez deberá asimismo y sin demora dictar auto razonado y escrito de prisión o disponer la puesta en libertad.
4. De toda resolución judicial sobre privación de libertad o continuación de la misma se deberá dar cuenta sin demora a un familiar del detenido o a una persona de la confianza de este.

1. Sobre el cumplimiento de los derechos fundamentales (artículo 18 de la Ley Fundamental);²⁷
2. Sobre la inconstitucionalidad de los partidos (artículo 21 num. 2 de la Ley Fundamental);²⁸
3. Sobre quejas en contra de las decisiones del Parlamento Federal que se relacionen con la validez de una elección o la adquisición o pérdida de la investidura de un parlamentario (artículo 41 num. 2 de la Ley Fundamental);²⁹
4. Sobre las demandas del Parlamento Federal o del Consejo Federal en contra del Presidente Federal (artículo 61 de la Ley Fundamental);³⁰
5. Sobre la interpretación de la Ley Fundamental con ocasión de las controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de uno de los órganos federales superiores u otras partes, que por virtud de la Ley Fundamental o del ordenamiento de funciones de uno de los órganos federales superiores haya sido dotado de derechos propios (artículo 93 num. 1 de la Ley Fundamental);
6. En caso de diferencias de opinión o dudas sobre la compatibilidad formal o material del derecho federal o de los Estados con la Ley Fundamental, o de la compatibilidad del derecho de un Estado con el derecho federal a solicitud del Gobierno Federal, el gobierno de un Estado o una tercera parte de los miembros del Parlamento Federal (artículo 93 nums. 1 y 2 de la Ley Fundamental);
- 6^a. En caso de diferencias de opinión, sobre si una ley cumple con los presupuestos del art. 72 num. 2 de la Ley Fundamental³¹, a solicitud del Consejo Federal, un gobierno federal o el representante popular de un Estado (artículo 93 num. 1 de la Ley Fundamental);

²⁷ Artículo 18. Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5, apartado 1), de la libertad de enseñanza (artículo 5, apartado 3), de reunión (artículo 8), de asociación (artículo 9), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10), así como del derecho de propiedad (artículo 14) y del de asilo (artículo 16a) pierde estos derechos fundamentales. La privación y su alcance serán declarados por la Corte Constitucional Federal.

²⁸ Artículo 21...2. Serán anticonstitucionales los partidos que en virtud de sus objetivos o del comportamiento de sus afiliados se propongan menoscabar o eliminar el orden básico demoliberal o poner en peligro la existencia de la República Federal Alemana. El Tribunal Constitucional Federal se pronunciará sobre la cuestión de anticonstitucionalidad.

²⁹ Artículo 41

1. Corresponde a la Dieta Federal el examen de regularidad de las actas. La Dieta podrá asimismo decidir si un diputado ha perdido su condición de miembro.

2. Contra la resolución de la Dieta Federal se dará recurso ante el Tribunal Constitucional Federal.

3. Una Ley Federal regulará los pormenores de aplicación.

³⁰ Artículo 61

1. La Dieta Federal o el Consejo Federal podrá acusar al Presidente de la República ante el Tribunal Constitucional Federal por violación deliberada de la Ley Fundamental o de cualquier otra Ley Federal. La moción de enjuiciamiento deberá ser depositada por una cuarta parte, como mínimo, de los miembros de la Dieta Federal o de una cuarta parte de los votos del Consejo Federal, y la resolución de enjuiciamiento requerirá una mayoría de dos tercios de los miembros de la Dieta Federal o de dos tercios de los votos del Consejo Federal. La acusación será mantenida por un comisionado de la Cámara acusadora.

2. Si el Tribunal Constitucional Federal fallare que el Presidente Federal es culpable de una violación deliberada de la Ley Federal o de cualquier otra Ley Federal, podrá declararle privado del cargo, y podrá asimismo disponer mediante auto provisional, una vez acordado el enjuiciamiento, que el Presidente queda incapacitado para el ejercicio de su cargo.

³¹ *Vid Supra.*, nota al pie de página número 19.

7. En caso de diferencias de opinión sobre derechos y deberes de la Federación y de los Estados, especialmente en la aplicación del derecho federal por parte de los Estados y para el ejercicio de la supervisión federal (artículo 93 num. 1 y artículo 84 num. 4 frase 2 de la Ley Fundamental);³²
8. En otras controversias legales entre la Federación y los Estados, entre los diferentes Estados o al interior de un Estado en la medida que no exista otra vía legal (artículo 93 num. 1 de la Ley Fundamental);
- 8ª. Sobre los recursos de amparo (artículo 93 num. 1 de la Ley Fundamental);
9. Sobre las acusaciones en contra de los jueces federales o los jueces estatales (artículo 98 num. 2 y 5 de la Ley Fundamental);³³
10. Sobre las controversias constitucionales al interior de un Estado, cuando la decisión le ha sido atribuida al Tribunal Constitución Federal (artículo 99 de la Ley Fundamental);³⁴
11. Sobre la compatibilidad de una ley federal o de una ley de un Estado con la Ley Fundamental, o la incompatibilidad de una ley de un Estado u otro tipo de norma de un Estado con una ley federal a solicitud de un tribunal (artículo 100 num. 1 de la Ley Fundamental);³⁵
12. En el caso de dudas sobre si una regla del derecho internacional hace parte del derecho interno y si ella genera directamente derechos y deberes para los particulares, a solicitud de un tribunal (artículo 100 num. 2 de la Ley Fundamental);³⁶

³² Artículo 84... 4. En caso de que no se subsanen las deficiencias que el Gobierno Federal haya observado en la ejecución de las leyes federales en los Estados, el Consejo Federal, a instancias del Gobierno Federal o del Estado, decidirá si dicho Estado ha infringido o no el derecho. Contra la resolución del Consejo Federal se dará recurso ante el Tribunal Constitucional Federal.

³³ Artículo 98

...

2. Cuando un juez federal cometa, en su cargo o fuera del mismo, una infracción contra los principios de la Ley Fundamental o contra el orden constitucional de algún Estado, podrá el Tribunal Constitucional Federal ordenar, por mayoría de dos tercios de sus miembros y a instancias de la Dieta Federal, que dicho juez sea trasladado a otro puesto o bien jubilado. En caso de infracción deliberada se podrá ordenar la destitución...5. Los Estados podrán adoptar para los magistrados regionales un ordenamiento correlativo al previsto en el párrafo 2, sin que esto afecte al derecho constitucional vigente en los Estados. Corresponderá al tribunal Federal Constitucional pronunciarse sobre toda acusación contra un juez.

³⁴ Artículo 99. Se podrá atribuir mediante ley regional al Tribunal Constitucional Federal la decisión de litigios constitucionales en el ámbito de un Estado y a los Tribunales supremos citados en el párrafo 1 del artículo 95 la resolución en última instancia en las materias en que se trate de la aplicación del derecho regional.

³⁵ Artículo 100

1. En caso de que un tribunal considere anticonstitucional una ley de cuya validez dependa el fallo, deberá suspenderse el proceso y si se tratase de una violación de la Constitución de un Estado se recabará el pronunciamiento del Tribunal regional competente en litigios constitucionales, o la del Tribunal Constitucional Federal si se trata de una infracción de la presente Ley Federal. También regirá esta norma cuando se trate de la infracción de la presente Ley Fundamental por el derecho regional o de la incompatibilidad de una ley regional con una ley federal.

³⁶ Artículo 100

...

2. Si en un litigio jurídico fuere dudoso si una norma de derecho internacional forma parte del derecho federal y si crea directamente derechos y deberes para los individuos, el tribunal deberá recabar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal.

13. Cuando un tribunal constitucional de un Estado se quiere separar en la interpretación de la Ley Fundamental de una decisión del Tribunal Constitucional Federal o de un tribunal constitucional de otro Estado, a solicitud de ese tribunal constitucional (artículo 100 num. 3 de la Ley Fundamental);³⁷

14. En caso de diferencias de opinión sobre la vigencia de un derecho como derecho federal (artículo 126 de la Ley Fundamental);³⁸

15. En los casos que le hubieren sido atribuidos mediante ley federal (artículo 93 num. 2 de la Ley Fundamental).”

Por lo que hace al funcionamiento del TCF, hemos mencionado que éste funciona en Pleno o en Salas, cada una de las Salas que lo conforman tiene atribuidas determinadas funciones, el Pleno tiene también ciertas tareas, pero las actividades estrictamente de constitucionalidad se llevan a cabo por parte de las Salas, en éste sentido, “La ley reguladora del Tribunal establece también las competencias de cada una de las Salas, y si bien teóricamente la Sala 1ª sería más bien, *grosso modo*, la Sala de los derechos fundamentales y la Sala 2ª la que conocería de los conflictos entre los poderes y órganos constitucionales, lo cierto es que, al permitir la ley al Pleno del Tribunal establecer una regulación de las competencias de las Salas que se aparte de esa “regla general” cuando así lo exija la sobrecarga de trabajo no puramente transitoria de una Sala, la Sala 2ª conoce también, inevitablemente, de muchos asuntos relativos a los derechos fundamentales. Sea como sea, en caso de discrepancia sobre la competencia de las Salas, una comisión paritaria decide.”³⁹

Acorde con lo anterior, el artículo 14 de la Ley Sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán establece la competencia de las Salas, en éste tenor, se consagra:

“Artículo 14.

³⁷ Artículo 100

...
...

3. Cuando, con motivo de la interpretación de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional de un Estado tenga la intención de apartarse de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal o del Tribunal Constitucional de otro Estado, deberá recabar resolución del Tribunal Constitucional Federal.

³⁸ Artículo 126

Serán resueltas por el Tribunal Constitucional Federal todas las discrepancias de criterios sobre la subsistencia de cualesquiera preceptos como derecho federal.

³⁹ HABERLE, Peter, *Op. Cit.*, Pág. 26.

(1) La Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal es competente para conocer de los procesos sobre control de normas (artículo 13 num. 6 y 11), en los que se quiera hacer valer la incompatibilidad de una disposición con los derechos fundamentales o uno de los derechos consagrados en los artículos 33, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental, así como para conocer de los recursos de amparo con excepción de los recursos de amparo de conformidad con el artículo 91 y de los recursos de amparo en el ámbito del derecho electoral.

(2) La Segunda Sala del Tribunal Constitucional Federal es competente en los casos del artículo 13 num. 1 a 5, 6-a, 9, 12 y 14, además de los procesos para el control de las normas y los recursos de amparo, que no se encuentren atribuidos a la Sala Primera.

(3) En los casos del artículo 13 num. 10 y 13 se determina la competencia de la Sala de acuerdo con las reglas de los num. 1 y 2.

(4) La Sala Plena del Tribunal Constitucional Federal puede reglamentar, al comienzo de su año de negocios, las competencias de las Salas separándose de los numerales 1 a 3, cuando esto se lleve a cabo a consecuencia no sólo de una sobrecarga permanente de una Sala. La reglamentación se aplica también a los procesos pendientes, en los cuales no se ha llevado a cabo una audiencia pública o se ha presentado proyecto de decisión. La decisión se dará a conocer en la Gaceta Legislativa Federal.”

(5) Cuando existen dudas sobre qué Sala es competente, entonces decidirá una comisión compuesta por el Presidente, el Vicepresidente y cuatro jueces, para lo cual se designará a dos de cada una para cada año de negocios. En caso de empate la decisión la tomará quien presida la comisión.”

Además de lo anterior, según el autor Haberle, se habla de manera un tanto cuanto exagerada, de una tercera sala formada por los asistentes de los jueces, en realidad no lo es, pues a cada juez constitucional generalmente se le proporcionan cuatro asistentes técnicos.

Un aspecto relevante radica en que al ser las decisiones de una Sala vinculantes para la otra, la Sala que no ha emitido una resolución determinada puede apartarse del criterio sostenido por su co-juzgadora, en cuyo caso deberá someter tal cuestión al Tribunal Pleno, siendo ésta facultad de su campo exclusivo, según se establece en el artículo 16, numeral 1 de la LTCF.

El quórum requerido para que una Sala pueda tomar decisiones, será de seis jueces, en el supuesto de que se tenga que sesionar un asunto de importancia considerable y urgente, y la Sala a la que le competa ese asunto no reúna el quórum señalado, el Presidente ordenará el traspaso de los jueces de

una de las Salas a la otra cuya integración no está completa. (Numeral 3, del artículo 15 de la Ley).

Para tomar las resoluciones no se fijan mayorías calificadas, salvo en el supuesto de que se declare infundada la pretensión del peticionario y sólo respecto de los asuntos comprendidos en los numerales 1, 2, 4 y 9 del artículo 13 de la Ley antes citado, en todos los demás casos las resoluciones se tomarán por mayoría de votos, en el supuesto de que hubiese empate, se desestimaré la cuestión correspondiente y en el caso que nos compete, no se podrá decretar la violación a la Constitución por parte del derecho federal. (Artículo 15, numeral 4).

3.2.3 PROCEDIMIENTO PARA LLEVAR A CABO EL CONTROL PREVIO.

Es importante hacer la aclaración, de que en virtud de que el control previo es una figura excepcional, que no encuentra fundamento en el texto constitucional sino en *criterios jurisprudenciales, no existe un procedimiento escrito previsto específicamente para tal efecto*, a pesar de ello, apoyados en la doctrina alemana que al respecto existe y sobre todo en la Ley Sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán formulamos el esquema siguiente, por ser el previsto para llevar a cabo el control abstracto de normas.

El procedimiento correspondiente se desarrolla en la *Sección Décima* de la LTCF, denominada *Procesos en los casos del artículo 13 num. 6 y 6ª*, la cual comprende de los artículos 76 a 79, y cuyo contenido explicamos a continuación.

1. En primer lugar, podrá interponerse por cualquiera de los órganos previamente señalados ante el Tribunal Constitucional Federal y concretamente conocerá la Primera Sala.

2. La solicitud que haga el Gobierno Federal, una tercera parte del Parlamento Federal o el gobierno de un Lander, será admisible si en ella se plantea la nulidad del *derecho federal* por ser incompatible con la Ley Fundamental

3. El Tribunal Constitucional Federal deberá, dentro de un breve término, dar oportunidad al Gobierno Federal, al Parlamento Federal, al Consejo Federal y a los Gobiernos de los Estados, para que manifiesten lo que corresponda.

4. Acto continuo se dictará la resolución respectiva, cuyos efectos los analizaremos en el siguiente apartado.

3.2.4 EFECTOS DE LA SENTENCIA.

Antes de entrar al estudio de los efectos de las sentencias en el caso particular que tratamos, consideramos importante poner en un contexto real y actual la eficacia y efectividad de las resoluciones que el TCF emite en los asuntos de su competencia, en éste tenor podemos señalar que el Tribunal Constitucional Federal “...goza de gran autoridad, de forma tal que incluso cuando, como ocurre con las sentencias dictadas en los conflictos territoriales y entre órganos constitucionales, la eficacia de sus decisiones es puramente declarativa, sus pronunciamientos son seguidos y cumplidos por todos los órganos estatales y ello se presupone como evidente y también es siempre, año tras año, una de las instituciones mejor valoradas por los ciudadanos, que lo sienten como una institución muy suya. También cuando la minoría parlamentaria que se ve derrotada en el *Bundestag* y termina el debate parlamentario espetando un “Nos veremos en Karlshure” (Sede del TCF) (*Wir sehen unis in Karlshure*), y luego impugna una ley ante el TCF, al final siempre termina acatando y hasta aceptando positivamente lo que decida éste Tribunal, incluso si le “disgusta” y lo mismo ocurre con la mayoría si al final se da la razón a la minoría impugnante, a parte de que no en pocas ocasiones se termina dando la razón a una y otra en parte o la minoría se ha convertido en mayoría y viceversa, todo lo cual puede facilitar las cosas.”⁴⁰

Aspectos interesantes sobre los efectos de las resoluciones del TCF, son los que señala Rainer Arnorl, quien expone “...El Tribunal Constitucional, si bien reconoce la discrecionalidad del legislador, que se desprende del principio de

⁴⁰ HABERLE, Peter, *Op. Cit.*, Pág. 23.

separación de poderes (art. 20.2 de la Ley Fundamental), muestra una tendencia a dirigir “llamadas” (Appelle) al legislador. Las Sentencias que contienen dichas “llamadas” obligan al legislador a ejercer su función de una manera concreta y en un plazo de tiempo determinado. En estos casos, el Tribunal no declara nula la ley al respecto, sino que la acepta, o bien como todavía conforme a la Constitución. (el Tribunal piensa que la ley puede llegar, con el transcurso del tiempo y debido a ciertas circunstancias a ser inconstitucional, y por ello efectúa un llamamiento de acción al legislador al respecto), o bien, la declara contraria a la Constitución, pero sin anularla. Con ello se inicia la necesidad de volver a legislar. Si con la habitual declaración de nulidad (prevista en la Ley del Tribunal Constitucional) es el propio Tribunal Constitucional el que sustrae la ley del ordenamiento jurídico, en virtud de ésta llamada legislativa encarga dicha tarea al legislador. Se trata, pues de una medida más favorable con respecto al Poder Legislativo. Aún no se ha dado respuesta al problema que se origina cuando el legislador no atiende la llamada efectuada por el Tribunal Constitucional. Una parte de la doctrina mantiene que la solución debe ser adoptada por una nueva Sentencia del Tribunal Constitucional. Dicha Sentencia deberá declarar la nulidad definitiva de la ley o efectuar una segunda llamada al legislador, estableciendo nuevos plazos al respecto.”⁴¹

En éste contexto, el Tribunal Constitucional Federal alemán puede actuar en tres sentidos, ante la inconstitucionalidad de una norma:

1. Declarar por sí mismo, en ejercicio de la facultad que el artículo 78 de la LTCF le confiere, la nulidad de la norma general;
2. Podrá hacer un “llamamiento”^{*} al legislador, para que éste mismo sea el que anule la ley y emita otra nueva, que no adolezca de los mismos vicios de inconstitucionalidad, pero esto lo deberá hacer dentro de los plazos que el propio Tribunal Constitucional le fije, y
3. Una tercera posibilidad consiste en que el Tribunal Constitucional Federal realice una interpretación conforme.

⁴¹ ARNOLD, Rainer, *Op. Cit.*, Págs. 111 y 112.

^{*} Podemos describir a ésta figura en términos coloquiales de la manera siguiente: el tribunal le dice al legislador: “resuelvo en el sentido de que la norma es inconstitucional por lo siguiente, ahora bien, sobre éstas bases, legisla, emite una nueva normatividad y para ello tienes determinado tiempo”.

La llamada *interpretación conforme*, es una institución que ya ha sido implementada en ordenamientos americanos y europeos, pero que tiene su origen en Alemania, bajo la denominación *verfassungskonforme, Auslegung des Gesetzes*,⁴² y la cual consiste esencialmente, en que antes de declarar la invalidez de una norma con efectos generales, hacer una *interpretación* de sus preceptos, para ver si pueden o no, estar *conforme* a la Constitución.

En el sentido anterior Klaus Stern expone que: “El control de constitucionalidad nacional del Tratado internacional también toma en consideración, en cierto modo, al Derecho Internacional. Verdad es que no cabe hablar a este respecto ni de la libertad de la potestad de concluir tratados frente a la Constitución ni de una especie de política-question-doctrine de la Supreme Court norteamericana, que anulase el control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional Federal. Pero no cabe negar la presencia de un cierto judicial-self-restraint. En el ámbito de la política exterior se reconoce de forma general “a los órganos políticos un amplio espacio de discrecionalidad”. En definitiva el control resulta en un “**favor conventionis**” en virtud del cual el Tratado es reconocido como constitucional cuando admite una interpretación conforme a la Constitución o cuando el estado de cosas creado por el Tratado “se encuentra más próximo a la Ley Fundamental” que el que había antes del mismo.”⁴³

Es importante destacar que los tres escenarios establecidos con antelación, no son exclusivo del control previo de constitucionalidad, sino que de manera genérica, son las formas en las que el Tribunal Constitucional puede actuar ante la inconstitucionalidad de normas generales, aún diversas de los tratados internacionales.

Así las cosas, los efectos de la sentencia que emita el Tribunal Constitucional Federal, se consagran en el artículo 78 de la Ley que lo regula, y serán la nulidad del derecho federal sujeto a control, en caso de que el Tribunal estime como violatorias de la Norma Fundamental otras disposiciones de la Ley,

⁴² FIX-ZAMUDIO, Héctor, ESTUDIO DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO, *Op. Cit.*, Pág. 293.

⁴³ STERN, Klaus, *Op. Cit.*, Págs. 849 y 850.

declarará del mismo modo su nulidad, en éste sentido el artículo referido establece:

“Artículo 78. Si el Tribunal Constitucional Federal llega a la convicción de que el derecho federal es incompatible con la Ley Fundamental o el derecho del Estado, u otro derecho federal, entonces declarará la nulidad de la ley. Si otras disposiciones de la misma ley son incompatibles con la Ley Fundamental u otro derecho federal, entonces el Tribunal Constitucional Federal podrá igualmente declararlas nulas.”

El efecto de la resolución que emita el Tribunal Constitucional Federal, será declarar la inconstitucionalidad del tratado internacional antes de que se proceda a la manifestación del consentimiento correspondiente.

Entre otras consecuencias que derivan de las resoluciones del TCF, podemos señalar que éstas “...tienen efecto de cosa juzgada. Ello se acepta por lo que respecta a la cosa juzgada formal, pues sus sentencias son irrecurribles. La cosa juzgada formal es el punto de partida de la material, que vincula permanentemente a las partes del proceso y a sus sucesores respecto de la sentencia con cosa juzgada formal, y prohíbe a los tribunales volver a pronunciarse sobre el mismo caso. Generalmente, la cosa juzgada sólo opera *inter partes*, pero en los procedimientos específicos de control de normas la eficacia no puede ser así. Cuando el tribunal declara que una norma es o no compatible con la Constitución o que es nula, la sentencia también tiene fuerza de ley, que amplía los límites subjetivos de la cosa juzgada hasta producir efectos *erga omnes*. Las sentencias vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Lander, así como a todas las autoridades jurisdiccionales y administrativas. La sentencia que declara la nulidad de una norma provoca que el legislador no pueda reiterarla. El alcance de ésta prohibición proviene del fallo y de la *ratio decidendi* que lo sostiene.”⁴⁴

⁴⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Op. Cit.*, Págs. 56 y 57.

3.3 EL CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN FRANCIA.

Es en Francia en donde encontramos el nacimiento del control previo, para acreditar ésta afirmación necesitamos dar un esbozo general de la historia constitucional francesa, partiendo para ello de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que si bien no fue un documento constitucional, la influencia que tuvo, no sólo en los textos constitucionales de ese país europeo, sino de prácticamente todos aquellos países del orbe con constituciones formales, es innegable.

En éste sentido, podemos decir que la revolución francesa tuvo un gran soporte intelectual, social, político, etc., en ella influyeron muchas y muy variadas causas. Una de las más importantes fue que la libertad humana se encontraba totalmente afrentada por el régimen monárquico absolutista en el que se vivía, se sometía a los individuos a prisión al capricho de los gobernantes sin justa causa por medio de órdenes secretas denominadas “lettres de cachet”, prisión que se podía extender por tiempo ilimitado sin que la autoridad jurisdiccional interviniese. Ante éste panorama de desigualdad, arbitrariedades y despotismo, surge en Francia una corriente revolucionaria que tendía a la instauración de un nuevo régimen, dejando atrás el obsoleto e injusto régimen monárquico absolutista.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, fue la materialización más importante del ideario político que produjo la revolución francesa, producto de la convergencia de un grupo de notables como Mirabeau, Mounier, Ropespierre, Lafayette, Target, etc., quienes formando una Asamblea Nacional, discuten y redactan éste fastuoso documento que vino a constituir una nueva etapa en la concepción de los derechos individuales de los hombres.

Por lo que respecta al origen de esta declaración, podemos decir que “Se ha afirmado que la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 tuvo su fuente de inspiración en la doctrina del Contrato Social de Juan Jacobo Rousseau. *Jellinek*, por su parte, refutando esta consideración, asegura que el origen de

dicha Declaración se descubre en las constituciones coloniales norteamericanas, y principalmente la federal, o sea, la que creó la federación de los Estados Unidos del Norte, ya que, según dicho autor, los forjadores del código fundamental francés tuvieron como modelo los mencionados ordenamientos, lo cual se desprende de la notable similitud que entre éstos y aquél existe. Nosotros estimamos que no es debido atribuir a la Declaración francesa un origen exclusivo, ya que más bien ésta surgió predeterminada por una variedad de factores de diversa índole, a saber, políticos, doctrinales, sociales, históricos, etc.”⁴⁵

Por nuestra parte estimamos que lo que señala el maestro Burgoa es totalmente correcto, pues no es posible atribuir a ésta Declaración un origen único y determinado, sino más bien, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 tuvo como origen o inspiración, las diversas doctrinas jurídico-políticas más importantes de la época, como el *Contrato Social* de Rousseau*, o la teoría de la *División de Poderes* de Montesquieu, del mismo modo quizá una influencia de la Constitución federal de Estados Unidos, y desde luego los distintos postulados de las variadas corrientes del pensamiento que a lo largo de la historia se han inclinado por la defensa y protección de los derechos del hombre, como puede ser el *Jusnaturalismo*.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano consagró tres principios fundamentales, son los siguientes:

⁴⁵ BURGOA ORIHUELA Ignacio, LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, 10ª edición, México, Editorial Porrúa, México, 1977, Pág. 92.

* Para aquellos autores que consideran que ésta declaración no tomo en cuenta algunos de los postulados de Rousseau, el artículo sexto de la misma, que dice: “Artículo 6º La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos.”, es sin lugar a dudas prueba fiel de que se equivocan, pues tal pareciera que éste precepto está redactado directamente por éste grande autor, para ejemplificar mejor lo que digo a continuación transcribiré algunas líneas que Rousseau plasma en su obra cumbre, a fin de que sean comparadas con las del artículo antes citado. Así, Rousseau dice: “Pero cuando todo el pueblo estatuye sobre si mismo, no se considera más que a si propio y se forma una relación: la del objeto entero desde distintos puntos de vista, sin ninguna división. La materia sobre la cual se estatuye es general como la voluntad que estatuye. A este acto le llamo ley....Aceptada esta idea, es superfluo preguntar a quiénes corresponde hacer las leyes, puesto que ellas son actos que emanan de la voluntad general...reuniendo la ley la universalidad de la voluntad y la del objeto, lo que un hombre ordena, no es ley, como no lo es tampoco lo que ordene el mismo cuerpo soberano, sobre un objeto particular...”; en síntesis todo aquel que opine lo contrario, en su derecho está, pero es obvio que el *Contrato social* si fue una de las bases intelectuales en las que se basó la Asamblea General en la redacción de la Declaración de 1789.

- a) El principio democrático;
- b) El principio liberal, y
- c) El principio individualista.

Tales principios se vieron reflejados en el contenido de la Constitución francesa de 1791 en la cual se plasmó además, un capítulo de derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, inspirado, claro está, en la Declaración antedicha, situación que se ve plasmada nuevamente en el segundo documento constitucional de 1793.

A pesar de lo anterior, el maestro Burgoa manifiesta que: “Los primeros revolucionarios franceses creían que con la sola inserción de los derechos del hombre en un cuerpo legal sancionado y votado por el pueblo, y con erigirlo a la categoría de norma suprema, la actividad de las autoridades estatales se vería supeditada a sus mandamientos, por la sola solemnidad de su carácter, más a pesar de ello, se siguieron cometiendo atropellos y violaciones.

En vista de circunstancias prácticas, atendiendo a la situación de hecho provocada por las contravenciones a la ley, un político y jurista francés, Sieyès, concibió la idea de crear un organismo, cuyas atribuciones constituyeran una garantía jurídica y política a los meros derechos contenidos en la Declaración de 1789 y, en general, del régimen constitucional. Así, en un discurso pronunciado en el año III Thermidor, Sieyès abogó por su idea, es decir, la creación de un organismo político de control, que denominó *Jurado Constitucional*, se estableciera en la Constitución francesa del año III, organismo que estaría encargado de conocer de todas las quejas que se presentasen por atentados al orden establecido por dicha norma fundamental. Más adelante, insistiendo Sieyès en la realización de sus ideas, enteró a Napoleón I sobre ellas, y éste las aprovechó, más con la intención de crearse arraigo popular que con el propósito de establecer un medio de garantizar el régimen instituido por la Constitución en beneficio de los gobernados, estableciendo en la Constitución del año VIII (13 de diciembre de 1799) el llamado *Senado Conservador*, a ejemplo del Jurado Constitucional.”⁴⁶

⁴⁶ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, EL JUICIO DE AMPARO, *Op. Cit.*, Págs. 70 y 71.

El Senado Conservador alcanzó una fuerza importante y extendiendo cada vez más su ámbito competencial respecto de diversos actos. En el capítulo anterior hemos mencionado la influencia que éste órgano político tuvo en México para la implementación del Supremo Poder Conservador en la Segunda Ley Constitucional de 1836, a cuya parte remitimos al lector.

A pesar de la fortaleza del Senado Conservador, éste sucumbió con la caída del imperio, rebajándose su actuar en la Constitución de 1814, en donde no poseía ya funciones de control de la constitucionalidad, "...sólo lo invistió con facultades de formación legislativa, muy restringidas por cierto, funcionando bajo la denominación de "Cámara de los Pares", a la que, además, competía el conocimiento de los delitos de alta traición y de los atentados contra la seguridad estatal."⁴⁷

Al inicio de éste apartado señalamos que el control previo encontraba sus orígenes en Francia, y ahora lo refrendamos, situación que es avalada con las siguientes líneas externadas por el maestro Burgoa: "El control de la constitucionalidad por órgano político vuelve a ensayarse en Francia, en la Constitución del año de 1852, en la que el *Senado* asumía las funciones de tutela y preservación, las cuales se ejercitaban a instancia del gobierno y de los ciudadanos. El papel del Senado francés en la mencionada constitución, consistía en examinar las leyes que se dictarán antes de que entrasen en vigor, con el fin de constatar si adolecían del vicio de inconstitucionalidad. Ninguna ley podía promulgarse sin la venia del Senado."⁴⁸

Ahora bien, a raíz de la inestabilidad política y económica imperante, no sólo en Francia, sino en el resto del mundo, el país galo contó con una diversidad de ordenamientos constitucionales, entre los que podemos destacar a las constituciones de 1815, 1830, 1848, 1852, 1857, etcétera. Sin embargo, en la Constitución de 1946 sobresalen varias circunstancias, como el hecho de que se vuelve a integrar a su texto la Declaración de 1789, se crea además al Comité Constitucional compuesto por el Presidente de la República, por el Presidente de

⁴⁷ *Ibidem.*, Pág. 72.

⁴⁸ *Idem.*

la Asamblea Nacional, por el Presidente del Consejo de la República y por siete miembros de la Asamblea Nacional, a éste órgano –el Comité Constitucional- se le daba la facultad para determinar si una ley votada por la Asamblea Nacional, hacia necesaria la revisión de la Constitución, si se determinaba que la ley ordinaria no era compatible con el texto constitucional, esa ley no podía entrar en vigor, salvo que se hicieran las modificaciones constitucionales correspondientes que permitieran tal incursión.

En la Constitución francesa de 1958, vigente en la actualidad, se crea un órgano encargado de velar por la salvaguarda constitucional denominado *Consejo Constitucional* y subsiste también el control preventivo de la constitucionalidad de normas, éste órgano colegiado es de naturaleza política y tiene una serie de funciones que adelante estudiaremos.

Consideramos necesario, como lo hicimos en el caso de Alemania, realizar una breve explicación de los lineamientos a seguir en la formación de un tratado internacional y las particularidades de éste sistema.

Seremos concretos, en el caso francés la facultad para celebrar los tratados internacionales compete al Presidente de la República éste mismo los ratificará sin ser necesaria la aprobación legislativa, no obstante como en el caso español al que nos referiremos adelante, determinados compromisos internacionales sólo podrán ser objeto de ratificación ejecutiva si previamente han sido aprobados por el legislativo mediante la ley correspondiente y sólo tratándose de determinadas materias. Tales afirmaciones se corroboran en los contenido de los artículos 52 y 53 de la Constitución francesa que dicen:

“TÍTULO VI

De los tratados y acuerdos internacionales.

Artículo 52. El Presidente de la República negociará y ratificará los tratados. Será informado de toda negociación encaminada a la concertación de un acuerdo internacional no sujeto a ratificación.

Artículo 53. No podrán ser ratificados ni aprobados sino en virtud de una ley los tratados de paz, los tratados de comercio, los tratados o acuerdos relativos a la organización internacional, los que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública, los que modifiquen disposiciones de naturaleza legislativa, los relativos al estado de las personas y los que entrañen cesión, canje o accesión territorial.

No surtirán efecto sino después de haber sido ratificados o aprobados.

Ninguna cesión, canje o accesión territorial será válida sin el consentimiento de las poblaciones interesadas.”

Es importante señalar que dicha ley podrá ser sometida también a referéndum siempre que con motivo de ella, pudieran haber modificaciones sustanciales al funcionamiento institucional. Así lo consagra el artículo 11 de la Ley Fundamental:

“Artículo 11. El Presidente de la República, a propuesta del Gobierno y mientras dure el período de sesiones, o a propuesta conjunta de las dos asambleas, publicadas en el Journal Officiel, podrá someter a referéndum cualquier proyecto de ley que verse sobre la organización de los poderes públicos, sobre reformas relativas a la política económica y social de la Nación y a los servicios públicos que concurren en ella, *o que proponga la ratificación de un tratado* que, sin ser contrario a la Constitución, pudiera tener incidencias en el funcionamiento de las instituciones.

Cuando se organice el referéndum a propuesta del Gobierno, éste presentará ante cada asamblea una declaración que será seguida de un debate.

Cuando el referéndum concluya con la aprobación del proyecto de ley, el Presidente de la República promulgará la ley dentro de los quince días siguientes.” (Las cursivas son nuestras).

En Francia al igual que en Alemania, se otorga a los tratados internacionales una jerarquía superior que a las leyes, así se desprende del numeral 55 de Ley Fundamental que indica: “Artículo 55. Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte.”

Ahora bien, entrando en materia, el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales encuentra su fundamento en el artículo 54 de la Constitución francesa de 1958. Es interesante mencionar que éste control *a priori* se ha llevado a cabo en seis ocasiones, y sólo en dos de ellas, el órgano competente se ha pronunciado sobre la incompatibilidad de un tratado con la Constitución. Mónica Castillejos Aragón nos comenta cuales han sido estas ocasiones “...uno, en 1979 cuando, a iniciativa del Primer Ministro, se sometió al Consejo el Tratado firmado en Luxemburgo el veintidós de abril de 1970, que modificaba determinadas disposiciones presupuestarias de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Dos, en 1976 cuando, a instancias del Presidente de la República, el Consejo Constitucional examinó la decisión del

Consejo de las Comunidades europeas, de veinte de septiembre de 1976, relativas a la elección de la Asamblea Europea mediante sufragio universal. Tres, en 1985 cuando el Presidente de la República sometió al Consejo el Protocolo número seis del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre relativo a la abolición de la pena de muerte. Cuatro, en 1993 cuando el Presidente de la República sometió al Consejo el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht). Y, cinco, en 1992 cuando el mismo Tratado de la Unión Europea fue sometido al Consejo por un grupo de sesenta diputados. En el caso mas reciente (la ratificación del Tratado de Maastricht), el Consejo consideró que una parte era incompatible con la Constitución francesa, pues algunas de sus cláusulas contenían términos contrarios a las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía. Con base en esas consideraciones, la Constitución fue modificada y se agregó un Título XV “De las Comunidades Europeas y de la Unión Europea”, por medio de la Ley constitucional del 25 de junio de 1992.

En éste mismo contexto, debemos situar el sometimiento al Consejo Constitucional, a finales de 1997 del Tratado de Ámsterdam, que modificó el Tratado de la Unión Europea. Ésta fue la segunda vez que el Consejo apreció una contradicción entre el convenio internacional y la Constitución.”⁴⁹

3.3.1 ORGANOS LEGITIMADOS PARA SOLICITAR EL CONTROL PREVIO.

El artículo 54 de la Constitución francesa es claro al respecto, el control previo podrá ser requerido por:

1. El Presidente de la República;
2. El Primer Ministro;
3. El Presidente de la Asamblea Nacional;
4. El Presidente del Senado, y
5. Sesenta Diputados ó sesenta Senadores.

⁴⁹ CASTILLEJOS ARAGÓN, Mónica, LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y EL CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES, México, editorial Porrúa, 2005, Págs. 60 y 61.

En seguida explicaremos de manera breve la composición de éstos órganos legitimados, incluyendo a los tres últimos bajo un mismo rubro, por ser los tres, partes integrantes del Poder Legislativo.

1. El Presidente de la República. Según el artículo quinto de la Constitución francesa, el Presidente velará por el respeto a la Constitución, asegurará el adecuado funcionamiento de los poderes públicos y la permanencia del Estado, será además garante de la independencia nacional y del respeto a los tratados internacionales.

El presidente será elegido por medio de votaciones directas por un periodo de cinco años, (artículo 6), en Francia opera la figura -en épocas actuales tan discutida en México- de la segunda vuelta, con lo cual se busca que el Presidente llegue al gobierno con una aceptación considerable entre los electores. Los dispositivos relativos a la elección del Presidente de la República, así como a la organización y desarrollo de los comicios para su designación se consagran en el artículo 7 de la Ley Fundamental.

2. El Primer Ministro. De conformidad con el artículo ocho constitucional, el Primer Ministro será nombrado directamente por el Presidente de la República y durará en su encargo mientras dure el del Presidente. Una de las principales atribuciones del Primer Ministro, es que a propuesta suya, el Presidente nombrará a los demás miembros del gobierno y tendrá que refrendar la mayoría de los actos del Presidente (artículo 19).

A pesar de las facultades previamente señaladas, la función primordial del Primer Ministro se consagra en el artículo 21 de la Constitución, de cuyo tenor literal se desprende: “Artículo 21. El Primer Ministro dirigirá la acción del Gobierno. Será responsable de la defensa nacional. Garantizará la ejecución de las leyes. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13, ejercerá la potestad reglamentaria y nombrará los cargos civiles y militares.

Podrá delegar algunos de sus poderes en los ministros.

Suplirá, en caso necesario, al Presidente de la República en la presidencia de los consejos y de los comités a que se refiere el artículo 15.

Podrá, a título excepcional, suplir al Presidente de la República en la presidencia de un Consejo de Ministros en virtud de una delegación expresa y con un orden del día determinado.”

3. El Parlamento. El Parlamento francés se conforma por la Asamblea Nacional, que será la representante del pueblo y por el Senado, que representará a las entidades territoriales y a los franceses residentes en el extranjero. Los diputados de la Asamblea Nacional serán elegidos mediante la elección directa de los ciudadanos, mientras que los senadores se nombrarán por sufragio indirecto a través de las entidades territoriales. Lo anterior se desprende del contenido del artículo 24 de la Constitución francesa.

Una ley orgánica determinará el número de miembros que conformarán a cada uno de éstos órganos y regulará todo lo relativo al llamado estatuto de los parlamentarios. (Artículo 25).

3.3.2 ORGANO COMPETENTE PARA CONOCER DEL CONTROL PREVIO.

Aún cuando ya dimos un breve recorrido histórico por el constitucionalismo francés, ciñámonos ahora al señalamiento de algunos antecedentes históricos del Consejo Constitucional, que si bien, como antes lo hemos indicado, encontró su nacimiento en la actual Constitución de 1958, puede tener sus prolegómenos en otros institutos de antaño, como el propio Senado Conservador. En ésta tesitura, Pérez Tremps nos sintetiza éste proceso del modo siguiente:

“Muchos son los proyectos de crear una institución que se encargara de fiscalizar jurídicamente la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos que circulan por el mundo parlamentario francés durante los años de la Revolución. De entre ellos destaca, sin lugar a dudas, la propuesta de Sieyès de creación de un *Jure Constitutionnel*. Tal institución tiene sus fundamentos en la obra de Rousseau, quien, invocando a los tribunales romanos, al Consejo de los Diez de Venecia y a los éforos de Esparta, había propugnado la creación de un “tribunado”, “conservador de las leyes y del poder legislativo”, protector del “soberano contra el gobierno”, sostenedor del “gobierno contra el pueblo” y mantenedor del equilibrio entre éstos últimos.”⁵⁰

⁵⁰ PÉREZ TREMP, Pablo, ESTUDIOS SOBRE JUSTICIA CONSTITUCIONAL, *Op. Cit.*, Pág. 18.

Ahora bien, el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales es depositada, al igual que todos los conflictos que en materia de constitucionalidad ocurren en Francia, en el Consejo Constitucional Francés –CC-, éste órgano es de naturaleza política, o sea, que no es un tribunal –al menos no en un sentido formal- su composición y los métodos de selección de sus miembros evidencian tal afirmación, además, existen razones históricas que justifican la idea del porque ésta tarea tan importante no se depositó en los jueces.

De manera breve podemos señalar como las principales causas del por que en Francia se encomendara la función referida a un órgano político y no a uno jurisdiccional, a las siguientes:

1. Los jueces por mucho tiempo fungieron como colaboradores para la instauración y consolidación del régimen napoleónico en Francia, de ahí la desconfianza del pueblo francés hacia los jueces.
2. A partir de la revolución francesa se fincó la noción de que el Poder Legislativo era el representante directo del pueblo y por tanto, el depositario inmediato de la soberanía nacional, en éste tenor, no se concebía la idea de que otro poder pudiese verificar la constitucionalidad de los actos del legislativo.
3. Como consecuencia de lo anterior, el pensamiento revolucionario francés limitó la función judicial a la aplicación de la ley, tan es así, que incluso el propio Montesquieu llamó al Poder Judicial *Poder Nulo*. En efecto, el juez en el pensamiento insurgente, no sería más que el instrumento del legislador para aplicar la ley.

Resultan oportunos los pronunciamientos de Pérez Tremps, en el sentido de que desde la noción del Jurado Constitucional, en Francia todos los intentos por instaurar un órgano de control de la constitucionalidad, “En todos los casos se trata de instituir un garante constitucional *ad hoc*, situado fuera del poder judicial, que, en general, si se atiende a los poderes con que cuenta y a la forma de nombrar a sus miembros, se acerca más al poder legislativo que al judicial.”⁵¹

⁵¹ *Ibidem.*, Pág. 19.

Sobre el punto dos comentado arriba, el mismo autor manifiesta que: “En Francia la revolución tiene como postulado ideológico básico el principio de la soberanía parlamentaria...El triunfo del dogma de la soberanía nacional trajo consigo el predominio del Parlamento, en cuanto representante de la nación, sobre el resto de los poderes. Por ello se rechaza cualquier intento de instituir un garante de la norma fundamental, puesto que el garante lógico no es otro que el propio poder legislativo.”⁵², concluye argumentando que: “Puede verse, así, como el legislador se impuso en la revolución sobre otros poderes y se convirtió en el poder soberano por excelencia sobre el que no cabía control alguno que no fuera el de la propia nación que había de elegirlo. De esta forma, se configuró una especie de autotutela de regularidad constitucional de su obra que excluía, no sólo el control judicial, sino incluso, el de cualquier otra institución como podría haber sido la propuesta por Sieyès.”⁵³

Pereira Menaut se adhiere a las anteriores argumentaciones al sostener: “La doctrina gala tradicional era marcadamente parlamentaria. Según ella, el legislativo no podía someter sus leyes a ningún ulterior control, porque él venía a ser, en la práctica, no el titular pero sí el depositario de la soberanía nacional. La ley era la expresión de la voluntad general, a la cual, en su calidad soberana, nadie podía impedir que aprobase la legislación que deseara. Era poco menos que inimaginable que ningún órgano ajeno a la soberanía nacional –y menos que ninguno los desacreditados jueces- invalidara leyes aprobadas la voluntad general (sic).”⁵⁴

Entrando al estudio concreto del Consejo Constitucional y para respetar la estructura sistemática que nos impusimos con el estudio del Tribunal Constitucional Federal alemán, examinaremos los siguientes aspectos del mismo:

1. Fundamento constitucional y naturaleza jurídica.
2. Integración y designación de sus miembros, y
3. Ámbito competencial y funcionamiento.

⁵² *Ibidem.*, Págs. 19 y 20.

⁵³ *Ibidem.*, Pág. 22.

⁵⁴ PEREIRA MENAUT, Arturo-Carlos, LECCIONES DE TEORÍA CONSTITUCIONAL, México, editorial Porrúa y Universidad Panamericana, 2005, Pág. 229.

1. El fundamento constitucional que da existencia jurídica al Consejo Constitucional lo encontramos en el artículo 56, del Título Séptimo de la Ley Fundamental, denominado precisamente “Del Consejo Constitucional”.

Antes hemos señalado que el Consejo Constitucional no es un tribunal, sino un órgano de naturaleza política, situación que puede explicarse por las razones históricas previamente enlistadas.

Sobre la naturaleza del CC resultan interesantes las palabras de Franck Moderne, en el sentido de que: “El Consejo constitucional ha sido concebido esencialmente como un órgano de carácter político y como un arma dirigida contra el Parlamento, en la medida en que el régimen del general Gaulle se preocupaba, esencialmente por reforzar al ejecutivo y debilitar correlativamente el poder legislativo.”⁵⁵

Sin embargo, con la evolución que el CC ha tenido en épocas recientes, esencialmente en lo referente a sus funciones, no sólo fungiendo como mediador entre los otros poderes constituidos, sino como un auténtico garante de los derechos constitucionales en favor de los gobernados, su operatividad y funcionamiento se han hecho cada vez más similares a las de un órgano de naturaleza jurisdiccional, tanto así, que el mismo Moderne ha señalado que: “La experiencia francesa contemporánea de un juez constitucional constituye de hecho una ruptura singular con la tradición anterior. Pero ésta ruptura no es el resultado de la voluntad del Constituyente sino esencialmente de la propia voluntad del Consejo constitucional; ésta evolución por fin fue aceptada por los poderes públicos y hoy en día se puede afirmar sin la más mínima duda que el Consejo constitucional francés, concebido inicialmente como órgano político, se ha convertido en un juez constitucional, adoptando el modelo de las Cortes constitucionales europeas, pero con competencias relativamente diferentes y en un cierto modo más reducido.”⁵⁶

⁵⁵ MODERNE, Franck, EL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS, en: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS y CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES MÉXICO-CENTROAMÉRICA, “JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMPARADA”, México, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, Pág. 125.

⁵⁶ *Idem.*

2. Integración y designación de sus miembros. En el mismo numeral 56 del ordenamiento supremo, se determina la composición del Consejo Constitucional y la manera para elegir a sus miembros.

Por lo que atañe a la integración de éste órgano político, cabe decir que se conforma por nueve miembros, los cuales durarán nueve años en su encargo y no podrán ser reelectos. El CC se renovará por tercios cada tres años. Formarán parte del CC con carácter vitalicio todos los ex-presidentes de Francia.

El proceso de selección de los miembros del Consejo es más plural que en el caso del TCF alemán en donde sólo participan los órganos legislativos. Al conformarse el Consejo Constitucional por nueve integrantes, a cada uno de los restantes órganos constituidos se les da el derecho de nombrar a tres miembros, o sea, tres serán elegidos por el Presidente de la República, quien además nombrará al Presidente del CC, el cual tendrá a su vez “voto de calidad” en los casos de empate, tres más por el Presidente de la Asamblea Nacional y la última terna será nombrada por el Presidente del Senado.

Bajo éstas premisas, el artículo 56 dispone:

“TÍTULO VII

Del Consejo Constitucional

Artículo 56

El Consejo Constitucional estará compuesto por nueve miembros, cuyo mandato durará nueve años y no será renovable. El Consejo Constitucional se renovará por tercios cada tres años. Tres de sus miembros serán nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado.

Además de los nueve miembros arriba mencionados, los ex-Presidentes de la República serán miembros vitalicios de pleno derecho del Consejo Constitucional.

El Presidente será nombrado por el Presidente de la República. Tendrá voto de calidad en caso de empate.”

Es importante señalar, que como ocurre con los jueces constitucionales alemanes, los integrantes del Consejo Constitucional están sujetos a un régimen de incompatibilidad en sus funciones, pues como se desprende del artículo 57 constitucional, no podrán fungir al mismo tiempo como miembros del Parlamento ni como Ministros de gobierno.

3. **Ámbito competencial y funcionamiento.** Las atribuciones del CC se señalan básicamente en los artículos 58, 59, 60 y 61 de la Ley Fundamental, sin perjuicio de que en diferentes dispositivos constitucionales se le atribuyan otras funciones. En ésta tesitura, los artículos antes mencionados establecen:

“Artículo 58

El Consejo Constitucional velará por la regularidad de la elección del Presidente de la República. Examinará las reclamaciones y proclamará los resultados del escrutinio.

Artículo 59

El Consejo Constitucional se pronunciará, en caso de impugnación, sobre la regularidad de la elección de los diputados y de los senadores.

Artículo 60

El Consejo Constitucional velará por la regularidad de las operaciones de referéndum previstos en los artículos 11 y 89, y proclamará los resultados.⁵⁷

Artículo 61

Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.

Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores.

⁵⁷ Artículo 11

El Presidente de la República, a propuesta del Gobierno y mientras dure el período de sesiones, o a propuesta conjunta de las dos asambleas, publicadas en el Journal Officiel (Boletín Oficial), podrá someter a referéndum cualquier proyecto de ley que verse sobre la organización de los poderes públicos, sobre reformas relativas a la política económica y social de la Nación y a los servicios públicos que concurren en ella, o que proponga la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, pudiera tener incidencias en el funcionamiento de las instituciones.

Cuando se organice el referéndum a propuesta del Gobierno, éste presentará ante cada asamblea una declaración que será seguida de un debate.

Cuando el referéndum concluya con la aprobación del proyecto de ley, el Presidente de la República promulgará la ley dentro de los quince días siguientes a la proclamación de los resultados de la consulta.

Artículo 89

La iniciativa de la reforma de la Constitución corresponde conjuntamente al Presidente de la República, a propuesta del Primer Ministro, y a los miembros del Parlamento.

El proyecto o proposición de reforma deberá ser votado por las dos asambleas en términos idénticos. La reforma será definitiva después de ser aprobada por referéndum.

No obstante, el proyecto de reforma no será sometido a referéndum cuando el Presidente de la República decida someterlo al Parlamento convocado en Congreso; en este caso, el proyecto de reforma sólo quedará aprobado si obtuviere mayoría de tres quintos de los votos emitidos. La Mesa del Congreso será la de la Asamblea Nacional.

No podrá iniciarse ni proseguirse ningún procedimiento de reforma mientras sufra menoscabo la integridad del territorio.

No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma.

En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno, y si existe urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días.

En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación.”*

Es importante destacar, como dice Uribe Arzate que “...en 1971 el Consejo Constitucional tomó una decisión de singular relevancia, ya que desde ese año, el examen que realiza tiene mucha mayor amplitud, porque versa sobre la conformidad de las leyes no sólo con la Constitución de 1958, sino también con el preámbulo de la de 1946 y con los textos a los que ésta hace referencia, es decir, a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. Con ésta decisión, el Consejo Constitucional Francés, además de realizar la defensa de la Constitución, se ha erigido en protector de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.”⁵⁸

3.3.3 PROCEDIMIENTO PARA LLEVAR A CABO EL CONTROL PREVIO.

La Ley Fundamental francesa nada dice sobre el procedimiento correspondiente, a pesar de ello, de la correlación de los artículos 54, que consagra el control previo de los tratados internacionales, con el artículo 61 apenas citado, que establece éste mismo medio de control sobre las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias -ambos numerales del texto constitucional- se pueden vislumbrar algunos lineamientos que lo rigen.

En éste mismo sentido Mónica Castillejos manifiesta: “En cuanto al funcionamiento de éste mecanismo de control, la Constitución francesa no prevé ningún procedimiento particular para el ejercicio del control de constitucionalidad; ésta sólo se limita a indicar los plazos concedidos al Consejo Constitucional para

* Podemos notar del contenido de éste artículo 61, la existencia del control previo de la constitucionalidad de las leyes orgánicas y de los reglamentos de las asambleas parlamentarias, por tanto, no sólo los tratados internacionales pueden ser objeto de éste control preventivo.

⁵⁸ URIBE ARZATE, Enrique, EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, México, editorial Universidad Autónoma del Estado de México, 2002, Pág. 206.

pronunciar sus decisiones...Actualmente, el procedimiento establecido para este tipo de control presenta los caracteres del Derecho procesal común (carácter contradictorio del procedimiento, carácter secreto de la deliberación, etc.).”⁵⁹

Eduardo Agraz al respecto nos comenta: “La pronunciación del consejo constitucional es emitida por mayoría de votos en el marco de un procedimiento secreto, sin audiencias orales, sin argumentos contradictorios, un procedimiento en el cual no existen partes, aún siendo admitida en la práctica, la presentación de memorias escritas por parte de los órganos interesados.”⁶⁰

Así las cosas, podemos describir el procedimiento del control previo de la manera siguiente:

1. La solicitud podrá elevarse al CC por conducto de los órganos previamente analizados, por obvias razones, como dice Javier Pardo Falcón, éste pedimento “...se efectúa antes de la *ratificación* o *aprobación* de la obligación internacional, ya que, en caso de resultar ésta finalmente contraria a la Constitución, una u otra sólo pueden tener lugar previa reforma de aquella.”⁶¹

2. El Consejo Constitucional puede recibir memorias escritas por parte de los órganos interesados.

3. Hecho lo anterior, el Consejo Constitucional cuenta con un mes para emitir la declaración correspondiente, pero, si es de notoria urgencia el asunto de que se trata, a petición del gobierno podrá reducirse dicho plazo a ocho días.

3.3.4 EFECTOS DE LA SENTENCIA.

De la correlación armónica de los artículos 54 y 62 de la Constitución, se desprenden los efectos que producen las resoluciones del Consejo Constitucional en el caso del control previo, así las cosas, recordemos que según el artículo 54: “Si el Consejo Constitucional, requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro,

⁵⁹ CASTILLEJOS ARAGÓN, Mónica, *Op. Cit.*, Pág. 60.

⁶⁰ AGRAZ, César Eduardo, HACIA UNA NUEVA LEGITIMACIÓN DE LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD, México, editorial Porrúa, 2005, Pág. 40.

⁶¹ PARDO FALCON, Javier, EL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCES. LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN LA QUINTA REPUBLICA, Madrid, editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1990, Pág. 185.

por el Presidente de cualquiera de las dos asambleas o por sesenta diputados o por sesenta senadores, declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, *la autorización para ratificar o aprobar el referido compromiso internacional sólo podrá otorgarse previa revisión de la Constitución.*" (Las cursivas son nuestras).

Por otro lado el artículo 62 establece: "No podrá ser promulgada ni entrar en vigor una disposición declarada inconstitucional.

Las decisiones del Consejo Constitucional no son susceptibles de recurso. Se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

En la tesis anterior, podemos concluir que en el caso de que el Consejo Constitucional fuese requerido para realizar el examen previo de la constitucionalidad de un tratado internacional y su resolución versare sobre la inconstitucionalidad del mismo, se surtirán los siguientes efectos:

1. El tratado internacional no podrá ser aprobado ni ratificado.
2. Para que el tratado cuya inconstitucionalidad se ha decretado pueda formar parte del sistema jurídico francés, será necesaria la reforma constitucional.
3. La resolución del CC tiene efectos vinculantes para todas las autoridades francesas, ya judiciales o administrativas.
4. Contra las determinaciones del Consejo Constitucional no procederá recurso alguno, su fallo será definitivo.

Resultan interesantes los comentarios que realiza Pardo Falcón sobre los efectos de las declaraciones del CC, quien señala: "...los efectos de la Decisión del Consejo Constitucional, pues en el caso del art. 54 la declaración de inconstitucionalidad afecta al tratado entero...Así, por la vía del art. 54 el Consejo no declara en su caso inconstitucional el tratado, sino que supedita la autorización para su ratificación o aprobación a una reforma previa de la Constitución."⁶²

Aunado a los efectos que la declaración produce en el caso concreto del control previo, resulta necesario hacer una referencia a los mecanismos empleados para contrarrestar la inconstitucionalidad de un norma, algo así como los *remedios* que se han implementado para éste problema de inconstitucionalidad.

⁶² *Ibidem.*, Págs. 188 y 189.

En ésta tesis, en Francia se ha criticado en ocasiones el carácter activo que el Consejo Constitucional toma en sus resoluciones respecto de la función legislativa, calificándose incluso a sus sentencias y a la forma de control que ejerce como “*activista*”.

Así como en Alemania opera la figura de la interpretación conforme, en Francia tiene existencia una figura similar -teleológicamente hablando- aunque su denominación difiera, ésta figura es conocida como la *conformidad bajo reserva*. “Según L. Favoreu, estamos ante una conformidad bajo reserva cuando el Consejo establece la constitucionalidad de una norma imponiéndole una determinada interpretación que, de otro modo, resultaría inconstitucional ”⁶³

La doctrina francesa, y diría yo, el pragmatismo galo, ha identificado tres variantes de la conformidad bajo reserva, a saber:⁶⁴

1. Conformidad bajo reserva de interpretación neutralizante;
2. Conformidad bajo reserva de interpretación constructiva, y
3. Conformidad bajo reserva de interpretación directiva.

Incorporados a los anteriores criterios clasificadores de las sentencias Interpretativas del CC, se suman a ellas:

4. El test de proporcionalidad, y
5. La inconstitucionalidad por incompetencia negativa.

Por lo que respecta al numeral 1, o sea, la conformidad bajo reserva de interpretación neutralizante, es aquella en la que el Consejo Constitucional hace una interpretación de la norma general, excluyendo de ella los elementos que la hacen inconstitucional, y una vez que ha prescindido de aquellos, considerar a la norma como conforme al texto de la Ley Fundamental.

En la conformidad bajo reserva de interpretación constructiva, el CC hace una complementación de la norma, agregándole en la interpretación que realiza, aquellos elementos que permitirán que la norma sea constitucional.

⁶³ BALBUENA CISNEROS, Arminda, LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN MÉXICO, México, editorial Universidad de Guanajuato, 2005, Pág. 185.

⁶⁴ *Ibidem.*, Págs. 185 y 186.

La conformidad bajo reserva de interpretación directiva, se reduce a que el Consejo Constitucional dirige las actuaciones de las autoridades judiciales o administrativas, para que apliquen la ley en determinado sentido.

El llamado test de proporcionalidad, tiene lugar cuando el legislador en el desempeño de sus atribuciones, decide de entre varios principios constitucionales opuestos, la aplicación de uno, la función del Consejo Constitucional será determinar si el legislador obró de manera equilibrada, si hubo una adecuada ponderación al decidir sobre la aplicación de tal o cual principio y si esa decisión fue, más que correcta, la mejor.*

Finalmente por lo que respecta a la inconstitucionalidad por incompetencia negativa, consiste en que el Consejo Constitucional examine si el legislador colmó sus facultades constitucionales y legisló de manera completa, por consiguiente, ésta figura se traduce en el hecho de que el legislador tiene determinadas atribuciones para legislar, pero al hacerlo, lo hace de manera parcial o incompleta, bien porque delega sus atribuciones a otros órganos, o simplemente porque legisla de modo que no satisface o regula todas las posibles situaciones o supuesto jurídicos potencialmente regulables.

Si bien es cierto que todas éstas hipótesis no son taxativas de las resoluciones dictadas por el Consejo Constitucional en el conocimiento del control previo, a nuestro parecer nada impide que puedan aplicarse como soluciones óptimas en el caso que nos ocupa, y que sin duda alguna, son dignas de tomarse en cuenta en nuestro país.

* Consideramos que un ejemplo hipotético –aunque pragmático en México- en que podría tener cabida el test de proporcionalidad, sería en el caso de que se encontraran en conflicto el derecho a la vida del producto de la concepción, con la libertad de las mujeres para decidir sobre su cuerpo y practicarse la interrupción del embarazo, el legislador emite una normatividad, ya sea prohibiendo el aborto y por tanto, protegiendo la vida del feto, o bien, a la inversa, dando mayor preponderancia a derecho de libertad de las féminas, el Tribunal Constitucional tendría que decidir si la ponderación de principios constitucionales que hizo el legislador, fue la adecuada y la mejor.

3.4 EL CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN ESPAÑA.

La historia jurídico-constitucional española es una de las más nutridas del globo, por ello resulta más complejo hacer un estudio sintético de los documentos fundamentales que ha tenido éste país europeo, ante éste panorama, hemos optado por hacer un recuento de sus textos constitucionales tomando como punto de partida a la Constitución gaditana de 1812.⁶⁵

En el tenor anterior, es en la Constitución de Cádiz del 18 de marzo de 1812 en la cual se plasman por vez primera una serie de derechos fundamentales en favor de los gobernados, tales como la garantía de audiencia, consagrada en el artículo 287, la inviolabilidad del domicilio, en el artículo 306, la libertad de pensamiento y la protección a la propiedad privada, en los numerales 371 y 4 respectivamente, no obstante, como dice el maestro Burgoa, en ésta Ley Fundamental no se consagró un mecanismo de tutela para aquellos derechos.⁶⁶

En los documentos constitucionales de 1837 y 1845, se conserva el catálogo de garantías constitucionales previsto en la Carta Magna de 1812, pero en la Constitución de 1869 –de corte monárquico- se consolida un verdadero capítulo de derechos fundamentales, ampliando inclusive, a los consagrados en la Constitución de Cádiz. En el año de 1873 se elabora un proyecto de Constitución de carácter republicana, la cual nunca se promulgó, expidiéndose en su lugar la Ley Fundamental de 1876 que consolidó el régimen monárquico, en la cual se sigue respetando el cúmulo de garantías que los precedentes textos constitucionales habían otorgado a los españoles.⁶⁷

Mención aparte merece la Constitución republicana de 1931, la cual además de establecer un catálogo de garantías individuales, establece mecanismos de

⁶⁵ Cfr. ALEJANDRE GARCÍA, Juan A., TEMAS DE HISTORIA DEL DERECHO: DERECHO DEL CONSTITUCIONALISMO Y DE LA CONSTITUCIÓN I, 2º edición, Sevilla, editorial Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1980, Págs. 164 a 196, para conocer la historia más detallada de las Constituciones españolas, y LABASTIDA, Horacio, LAS CONSTITUCIONES ESPAÑOLAS, México, editorial Fondo de Cultura Económica y Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, para el estudio de las constituciones de España desde 1812 hasta 1931.

⁶⁶ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, EL JUICIO DE AMPARO, *Op. Cit.*, Pág. 57.

⁶⁷ *Ibidem.*, Págs. 57 y 58.

tutela de las mismas y crea un órgano especializado para conocer de éstos procesos, en síntesis, en ésta Constitución se consagra un auténtico sistema de control de la constitucionalidad.

La actual Constitución española promulgada el 27 de diciembre de 1978, configura lo que a nuestro parecer es uno de los modelos a seguir en materia de control de la constitucionalidad, al cual estudiaremos en las páginas siguientes.

Como lo hemos hecho con los otros países, demos ahora algunos lineamientos esenciales que en tratándose de tratados internacionales fija la Constitución española.

Es en el capítulo tercero de la Ley Fundamental en el cual se plasman los dispositivos básicos que rigen el proceso constitutivo de un tratado, Torres del Moral⁶⁸ clasifica el procedimiento en cuatro partes, que son, iniciativa, conclusión, publicación y ejecución, sin embargo, lo que más destaca en el caso español, son los distintos escenarios que se pueden presentar en relación con la participación de las Cortes.

En principio, no hay disposición constitucional expresa que atribuya al Presidente la facultad del celebrar los tratados, pues tomando en cuenta que el artículo 97 de la Constitución dispone que: “*El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.*” (Las cursivas son nuestras), podemos deducir que tal atribución compete al Gobierno -cuya composición trataremos adelante- situación que ha llevado al ya citado Antonio Torres del Moral, a afirmar que: “Es lógico, pues, que corresponda al Gobierno no sólo la iniciativa para la negociación, sino la negociación misma y la adopción y autenticación de los textos convenidos.”⁶⁹, por su parte Remiro Brotons agrega que: “...es de la competencia del Consejo de Ministros autorizar la negociación de los tratados internacionales a solicitud del Ministerio de Asuntos Exteriores, si bien en la práctica puede ocurrir que cuando la autorización formal se concede la

⁶⁸ TORRES DEL MORAL, Antonio, PRINCIPIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, 4º edición, Madrid, editorial Universidad Complutenses Madrid, 1998, Págs. 230 a 233.

⁶⁹ *Ibidem.*, Pág. 230.

negociación ya ha sido hecha por ser ésta la función más natural en el intercambio diplomático.”⁷⁰

Resulta interesante destacar que no sólo la Constitución rige el procedimiento para la celebración de un tratado internacional, pues tal procedimiento se apoya también en el Decreto 801/1972 del 24 de marzo de 1972, que reglamenta la actividad de la administración del Estado en materia de tratados internacionales, derivado del cual podemos notar claramente que la facultad para llevar a cabo tanto la negociación, como la adopción y la autenticación e incluso la manifestación de la voluntad estatal -previa aprobación parlamentaria cuando sea necesario- compete al gobierno, concretamente al Ministerio de Asuntos Exteriores, en ésta tesitura, Díez de Velasco expone que: “La *negociación* es competencia del Ministerio de Asuntos Exteriores, previa autorización del Consejo de Ministros”⁷¹, claro que en representación del Estado español pueden comparecer aquellas personas a las que se les otorguen plenos poderes, y en virtud de ellos, realizar todos los actos posteriores a la negociación, “La plenipotencia o plenos poderes es un documento que emana de la autoridad competente de un Estado (en España la extiende el Ministerio de Asuntos Exteriores en nombre del Rey) y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado...”⁷²

Nótese que las tres etapas de la fase inicial de la celebración de un tratado internacional -la negociación, la adopción y la autenticación del texto- corresponden al Gobierno, acto continuo y previamente a la manifestación de la voluntad, se necesita la intervención de las Cortes, que puede ser de tres clases como enseguida veremos, para ello, también corresponde al Gobierno “...solicitar de las Cortes la concesión de dicha autorización mediante el envío al Congreso del correspondiente acuerdo del Consejo de Ministros, una copia autorizada del texto del tratado y una Memoria que justifique la solicitud. Deberá indicar el Estado o Estados negociadores, cuáles son contratantes o partes en el mismo y,

⁷⁰ REMIRO BROTONS, Antonio, *Op. Cit.*, Pág. 77.

⁷¹ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Op. Cit.*, Pág. 151.

⁷² *Idem.*

eventualmente, el organismo u organismos internacionales que fueran negociadores, contratantes o partes.”⁷³

Ahora bien, se pueden presentar tres posibilidades después de que el Gobierno negocie, adopte y autentifique un tratado internacional, según Canosa Usera, tales hipótesis son las siguientes: “La primera (art. 93 CE) consiste en una autorización de las Cortes formalizada en una ley orgánica. Este procedimiento ha de seguirse si el tratado implica atribución a una “organización o institución internacional del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”...El art. 94.1 CE, prevé también la autorización de las Cortes, pero no exige la forma de ley, sino de un acuerdo de las cámaras. El procedimiento concreto se regula en los arts. 155 a 158 del RC y arts. 144 y 145 del RS.”^{74*}

El artículo 93 de la Ley Fundamental española dice de manera integral lo siguiente:

“Artículo 93.

Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.”

Por otra parte, sobre los tratados en los cuales las Cortes intervienen pero no mediante la emisión de una Ley Orgánica, sino sólo a través de un acuerdo parlamentario aprobatorio, son, según el artículo 94.1 constitucional, los siguientes:

“Artículo 94.

1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

- a) Tratados de carácter político.
- b) Tratados o convenios de carácter militar.
- c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.

⁷³ *Ibidem.*, Pág. 155.

⁷⁴ CANOSA USERA, R., TRATADO INTERNACIONAL, en: LUCAS VERDÚ, Pablo (compilador), *Op. Cit.*, Pág. 412.

* Las abreviaturas RC y RS, corresponden al “Reglamento del Congreso” y al “Reglamento del Senado”, respectivamente.

- d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.
 - e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.
2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.”

La tercera hipótesis que Canosa explica, radica en que: “El resto de los tratados o convenios, que no inciden en las materias señaladas en el art. 94 y que no ceden competencias derivadas de la Constitución (art. 93 CE) puede el Gobierno concluirlos sin previa autorización parlamentaria. El art. 94.2 obliga, no obstante al Gobierno a informar a las Cámaras. Hay, pues, tres vías previstas constitucionalmente para concluir tratados.”⁷⁵

Entrando en materia, el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales tiene su fundamento en el artículo 95 de la Constitución, el cual dispone:

“Artículo 95.

- 1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.
- 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.”

Es importante destacar que según Mónica Castillejos “En España se han presentado dos planteamientos sobre la inconstitucionalidad de un tratado internacional, el último recientemente en el año 2004. El primero de ellos derivó de las dudas que existieron acerca de la posible contradicción de una de las cláusulas del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) con un artículo de la Constitución Española.”^{76*}, el segundo caso se presentó, según comenta la

⁷⁵ CANOSA USERA, R., TRATADO INTERNACIONAL, en: LUCAS VERDÚ, Pablo (compilador), *Op. Cit.*, Pág. 412.

⁷⁶ CASTILLEJOS ARAGÓN, Mónica, *Op. Cit.*, Pág. 36.

* La problemática que derivó del tratado de Maastricht, versó sobre el hecho de que mediante éste instrumento internacional se otorgaba el derecho de sufragio pasivo a los ciudadanos de cualquier país de la Comunidad Europea en las elecciones municipales, en la Constitución ibérica ya se establecía anteriormente el derecho de votar o sea, el sufragio activo a los no españoles, siempre que fuesen ciudadanos de la Comunidad. En efecto, mediante el artículo 8, b), 1 del Tratado de Maastricht se “atribuye a todo ciudadano de la Unión Europea, que resida en Estado miembro, del que no sea nacional el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales en el que reside, en las mismas condiciones que los estados nacionales.”, la antinomia se presentaba con el artículo 13.2 de la Ley Fundamental, que no otorgaba tal prerrogativa a los ciudadanos de la comunidad, sólo a los Españoles.

autora citada, cuando “...el Consejo de Ministros de España, el pasado 5 de noviembre de 2004, acordó elevar *una nueva consulta* al Tribunal Constitucional, para que quedaran despejadas las dudas sobre las posibles contradicciones que podrían existir entre la Constitución española y la Constitución Europea, así como la necesidad de reformar la Carta Magna española.”⁷⁷

3.4.1 ORGANOS LEGITIMADOS PARA SOLICITAR EL CONTROL PREVIO.

Según se aprecia del numeral segundo del apenas citado artículo 95 constitucional, la legitimación para poder solicitar éste examen de constitucionalidad compete a:

1. El gobierno, y
2. Cualquiera de las Cámaras.

Como lo hemos venido haciendo, expliquemos brevemente la conformación y principales particularidades de cada uno de éstos órganos constituidos.

1. El gobierno. El artículo 98 de la Ley Fundamental establece que el Gobierno español se integra por el Presidente, los Vicepresidentes en su caso, los Ministros y por los demás miembros que establezca la ley. Hagamos referencia al Presidente, al ser éste el jefe del gobierno en España.

El Presidente de la República es el jefe del gobierno español, tiene como principal atribución dirigir la acción del gobierno y coordinar las funciones de los demás integrantes de éste, a saber, los Ministros y en su caso los Vicepresidentes, según lo dispone el artículo 98.2 de la Constitución.

El procedimiento para la designación del jefe de gobierno se consagra en el artículo 99 de la Ley Fundamental, que establece:

“Artículo 99.

1. Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno.

⁷⁷ CASTILLEJOS ARAGÓN, Mónica, *Op. Cit.*, Pág. 46.

2. El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara.

3. Si el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgare su confianza a dicho candidato, el Rey le nombrará Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple.

4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, se tramitaran sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores.

5. Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el referendo del Presidente del Congreso.”

Es necesario recalcar, que la facultad de instar al Tribunal Constitucional no se atribuye taxativamente al Presidente, pues la Constitución en su artículo 95 dispone de manera clara que la legitimación corresponde *al Gobierno*, por consiguiente, como afirma Méndez Rocasolano, “Se encuentran legitimados para solicitar al TC este control previo de los Tratados internacionales, el gobierno que debe contar con la aprobación del Consejo de Ministros.”⁷⁸, por lo que tal requerimiento debe tener un carácter colegiado.

2. Las Cámaras. En su conjunto se denominan “Cortes Generales” y se componen por la Asamblea Nacional o Congreso de los Diputados y por el Senado (artículo 66.1 de la Constitución).

El Congreso de los Diputados se compone por trescientas o cuatrocientas diputaciones, serán electos por medio de sufragio universal, libre, secreto, directo e igual, y se elegirá cada cuatro años, según lo establece el artículo 68 de la Constitución.

Por su parte el Senado representa a las comunidades autónomas, cada una de ellas elegirá a cuatro senadores y al igual que la Cámara de los Diputados el Senado se renovará cada cuatro años. (Artículo 69 de la Ley Fundamental).

Finalmente es necesario señalar que a cada Cámara le compete el nombramiento de sus respectivos Presidentes, los cuales en su actuar

⁷⁸ MÉNDEZ ROCASOLANO, M.^a, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, en: LUCAS VERDÚ, Pablo (compilador), *Op. Cit.*, Pág.58.

representan a la totalidad de las mismas, según los numerales 2 y 3 del artículo 72 constitucional.

Para que los órganos parlamentarios puedan requerir al TC para que se pronuncie sobre la constitucionalidad de un tratado internacional respecto del cual no se ha manifestado aún la voluntad, ni la Constitución, ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establecen requisitos cuantitativos, circunstancia que es subsanada por las respectivas normatividades internas de cada una de las Cortes, bajo ésta perspectiva, Antonio Torres expone: “El Reglamento del Congreso (art. 157.1) ha dispuesto que la propuesta para que la Cámara inste la referida declaración ha de ser presentada por dos grupos parlamentarios o un quinto de diputados; de esta forma, los grupos minoritarios tienen muy dificultada la iniciativa. En cambio, el Reglamento del Senado (art. 147) habilita a un solo grupo parlamentario o 25 senadores para hacer dicha propuesta.”⁷⁹

3.4.2 ORGANO COMPETENTE PARA CONOCER DEL CONTROL PREVIO.

Podemos encontrar en la historia jurídica española numerosas instituciones que han tenido como función esencial la defensa de la supremacía constitucional, pero ninguna tan institucionalizada ni con la finalidad integral de fungir como garante de la Constitución, como el Tribunal Constitucional español, a pesar de ello, es posible encontrar algunos intentos muy importantes, que pudieron servir de base o por lo menos de inspiración para la instauración de éste último.

Varios han sido los estudiosos ibéricos que han tratado de encontrar los más remotos antecedentes del actual TC, pero todos sin excepción, confluyen en la idea de encontrarlo en el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1931⁸⁰. Algunos ejemplos de lo que decimos son los que a continuación exponemos.

⁷⁹ TORRES DEL MORAL, Antonio, *Op. Cit.*, Pág. 804.

⁸⁰ *Cfr.*, CORZO SOSA, Edgar, LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, Madrid, editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, Págs. 147 a 153, para conocer el funcionamiento y los aspectos esenciales del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Jimeno Bulnes ha manifestado que: “En cuanto al origen más inmediato del actual TC, éste se encuentra sin duda en el Tribunal de Garantías Constitucionales, previsto en la Constitución española de 1931 durante la II República. Si bien pueden citarse otros ejemplos históricos más remotos como el Justicia Mayor de Aragón o, con posterioridad, los proyectos constitucionales de 1873 y 1929, no es hasta la caída Constitución republicana cuando tiene lugar la instauración de un órgano *ad hoc* de naturaleza constitucional, cual es el Tribunal de Garantías Constitucionales.”⁸¹

“Algunos autores como TRUJILLO O FAIRÉN GUILLÉN han encontrado en el Justicia Mayor de Aragón la primera manifestación histórica del control de la constitucionalidad. ÁLVAREZ CONDE incluye como antecedente la Diputación Permanente de las Cortes Gaditanas; en todo caso, mayor importancia tiene el proyecto de Constitución Federal de 1873, consecuencia de las facultades, otorgadas al Tribunal Supremo para suspender los efectos de las leyes inconstitucionales, pero sobre todo la Constitución republicana de 1931, que implanta por primera vez una auténtica justicia constitucional, al hilo claramente de los modelos austriaco-kelseniano y weimariano.”⁸²

En el contexto anterior, estudiaremos al Tribunal Constitucional mediante la explicación de tres ejes básicos:

1. Fundamento constitucional y naturaleza jurídica;
2. Integración y designación de sus miembros, y
3. Ámbito competencial y funcionamiento.

1. Fundamento constitucional y naturaleza jurídica. El TC encuentra su fundamento en el título IX de la Constitución, que va de los artículo 159 a 165 y su reglamentación pormenorizada se hace en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) del 3 de octubre de 1979.

Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, el Tribunal Constitucional es un órgano constituido más, que aparece al mismo nivel que las Cortes, que el

⁸¹ JIMENO BULNES, Mar, EL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA, en: BAZAN, Victor (coordinador), “DESAFIOS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD”, España, editorial Ediciones Ciudad Argentina, 1996, Pág. 367.

⁸² CAZORLA PRIETO, Luis María, et. al., TEMAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL, España, editorial Aranzadi, 2000, Pág. 153.

Gobierno y que el Poder Judicial, constituyendo un auténtico *cuarto poder*, independiente de los otros. Bajo éstas premisas, en España es fácil identificar a un genuino sistema concentrado de control de la constitucionalidad. En éste tenor, el artículo uno de la LOTC establece:

“Art. 1

1. El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica.

2. Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional.”

Por lo anterior, es evidente que el Tribunal Constitucional -empezando por su propia denominación- es un órgano jurisdiccional, si a ello agregamos además el hecho de su integración, sus facultades, así como sus resoluciones y los efectos de las mismas. En ésta misma postura se mantiene Edgar Corzo Sosa, al externar “Que el TC tiene potestad jurisdiccional no ofrece dudas. Es una posición reiterada y aceptada por la doctrina académica que los Tribunales Constitucionales tienen una doble característica: son órganos constitucionales y tribunales de justicia.”⁸³

En términos análogos se han manifestado otros autores, al afirmar que “El Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional, aunque no encuadrado dentro de los órganos del Poder Judicial, en cuanto decide en forma de sentencia, con arreglo a normas preestablecidas y siguiendo un procedimiento contradictorio sobre las pretensiones formuladas en Derecho que le someten los sujetos legitimados...Es órgano jurisdiccional, que ejerce la jurisdicción constitucional.”⁸⁴

2. Integración y designación de sus miembros. El TC estará integrado por doce miembros, los cuales durarán nueve años en el ejercicio de su encargo y serán independientes e inamovibles.

Para ser integrante del Tribunal Constitucional se necesita tener una experiencia de quince años por lo menos en la materia jurídica, serán nombrados de entre los magistrados, fiscales, profesores e investigadores universitarios, abogados, etcétera, y tendrán un régimen de incompatibilidad con cualquier otro cargo público.

⁸³ CORZO SOSA, Edgar, LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, Madrid, editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, Pág. 185.

⁸⁴ CAZORLA PRIETO, Luis María, et. al. *Op. Cit.*, Pág. 154.

La elección de sus miembros se lleva a cabo con la participación conjunta de los otros órganos estatales, y si bien todos serán nombrados por el Rey –jefe del Estado español- las propuestas llegarán por parte del Gobierno, de las Cámaras y del Poder Judicial. Así las cosas, de los doce miembros del TC el Rey nombrará a cuatro Magistrados Constitucionales* propuestos por el Congreso, previa designación del propuesto votada por tres quintas partes de los miembros del mismo, cuatro más a instancia del Senado, sugeridos por la misma mayoría, dos propuestos por el Gobierno y dos más por el Consejo General del Poder Judicial.

El Rey designará al Presidente del Tribunal Constitucional a propuesta de los propios integrantes del mismo y su designación durará tres años. El Pleno del TC, elegirá al Vicepresidente por un periodo igual al del Presidente del Tribunal, en caso de causar vacante el lugar de éste último, el primero lo sustituirá.

Los Magistrados del TC serán nombrados por un periodo de nueve años, y se renovarán por ternas cada tres. Todo lo anterior se desprende del artículo 159 de la Ley Fundamental.

3. **Ámbito competencial y funcionamiento.** Las competencias del Tribunal Constitucional se establecen de modo sustancial en el artículo 161 de la Ley Fundamental y en el artículo 2 de la LOTC, los cuales disponen, respectivamente lo siguiente:

“Artículo 161.

1. 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.⁸⁵

* Esta denominación es la que se les da a los integrantes del Tribunal Constitucional por mandato expreso de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establece en su artículo quinto: “El Tribunal Constitucional está integrado por doce miembros, con el título de Magistrado Constitucional.”

⁸⁵ Artículo 53.

...

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios

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.

2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. 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.

Art. 2

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.

e) De la declaración sobre 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.

2. El Tribunal Constitucional podrá dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, dentro del ámbito de la presente Ley. Estos reglamentos, que deberán ser aprobados por el Tribunal en Pleno, se publicarán en el "Boletín Oficial del Estado", autorizados por su Presidente."

El funcionamiento del Tribunal Constitucional se consagra en la LOTC, básicamente de los artículos 6 a 27, en algunos de ellos se repite en gran medida el contenido de los dispositivos constitucionales previamente citados. Los aspectos más importantes sobre la organización y funcionamiento de éste órgano jurisdiccional se analizarán enseguida.

Según los artículos 6 y 7 de la Ley, el Tribunal Constitucional puede actuar en Pleno ó en Salas. En el TC habrán dos Salas, cada una se compone por seis

de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

Magistrados, el Presidente y el Vicepresidente presidirán la primera y la segunda Salas respectivamente. El Pleno se integra por los doce Magistrados.

Además del Pleno y las Salas, en el Tribunal operarán Secciones, integradas por el Presidente respectivo de cada una de las Salas y dos Magistrados más, la principal atribución de éstas, será decidir sobre la admisión o no de los recursos que se interpongan.(Artículo 8 de la LOTC).

Es importante señalar que además de los Magistrados, estarán al servicio del TC, otros funcionarios, en éste tenor, los autores españoles Rubio Llorente y Aragón Reyes resumen tal situación del modo siguiente: “Además de los Secretarios de Justicia y del personal auxiliar y subalterno, la Ley Orgánica ha previsto (arts. 96 y 97) la existencia, como instrumento específico de apoyo al Tribunal, de un cuerpo de Letrados adscritos permanentemente al mismo...El Pleno nombra, de entre los Letrados al Secretario General del Tribunal (art. 98), al que se confía (art. 99) la dirección de todos los servicios.”⁸⁶

Tanto el Pleno como las Salas tienen fijadas determinadas atribuciones, las del Pleno se consagran en el artículo 10 de la LOTC, y las competencias de las Salas se mencionan en el numeral 11 del mismo ordenamiento. Así las cosas, los artículos citados disponen:

“Art. 10

El Tribunal en Pleno conoce de los siguientes asuntos:

- a) De los recursos y de las cuestiones de inconstitucionalidad.
- b) De los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades autónomas o de los de éstas entre sí.
- c) De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado.
- d) Del control previo de constitucionalidad.
- e) De las impugnaciones previstas en el número dos del artículo 161 de la Constitución.
- f) De la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos para el nombramiento de Magistrado del Tribunal Constitucional.
- g) Del nombramiento de los Magistrados que han de integrar cada una de las Salas.
- h) De la recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional.

⁸⁶ RUBIO LLORENTE, F y ARAGÓN REYES, M., LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, en: PREDIERI, Alberto y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (Directores), “LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978”, 2ª edición, España, editorial Civitas, 1988, Pág. 857.

- i) Del cese de los Magistrados del Tribunal Constitucional en los casos previstos en el artículo 23 de la presente Ley.
- j) De la aprobación y modificación de los reglamentos del Tribunal.
- k) De cualquier otro asunto que, siendo competencia del Tribunal, 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.

Art. 11

1. Las Salas del Tribunal Constitucional conocerán de los asuntos que, atribuidos a la justicia constitucional, no sean de la competencia del Pleno.
2. También conocerán las Salas de aquellas Cuestiones que habiendo sido atribuidas al conocimiento de las Secciones, entiendan que por su importancia deba resolver la propia Sala.”

Nótese que a diferencia de Alemania, las cuestiones que son estrictamente de control de constitucionalidad están encomendadas al Pleno del Tribunal, además, en el caso de que una Sala considere conveniente apartarse de un criterio sustentado por el Pleno, someterá tal cuestión al mismo para que éste resuelva lo conducente. (Artículo 13 de la Ley).

Una cuestión importante radica en el quórum requerido para que las determinaciones del Pleno, de las Salas e incluso de las Secciones sean válidas, tales cuantificaciones se encuentran previstas en el artículo 14 de la LOTC. Para el Pleno, el quórum será de dos terceras partes del total de sus miembros, o sea, ocho Magistrados, la misma suma será exigible para las determinaciones de las Salas, que sería el equivalente a cuatro Magistrados, finalmente para las Secciones será necesaria la presencia de dos de sus tres miembros, salvo si existen divergencias entre éstos, en cuyo caso será indispensable la figura de los tres.

3.4.3 PROCEDIMIENTO PARA LLEVAR A CABO EL CONTROL PREVIO.

El procedimiento para llevar a cabo el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales se describe en el artículo 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Resulta interesante que en la mayoría de las reglamentaciones europeas en materia de control de la constitucionalidad, los procedimientos se describen de manera lacónica, en un solo cuerpo normativo,

cuando en México existen tantos ordenamientos individuales y extensos para reglamentar la sustanciación de cada medio en particular.

Es importante señalar que en el caso de éste instrumento de control de constitucionalidad, no hay un término preestablecido, ya que lógicamente debe ser antes de la ratificación del tratado internacional, en España, el momento idóneo para activarlo es después de la autenticación de texto del tratado internacional.

Bajo la tesitura anterior, podemos describir el procedimiento en los siguientes pasos:

1. El Tribunal Constitucional deberá ser siempre requerido por el Gobierno o por las Cámaras, en los términos antes estudiados, para que se pronuncie sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las cláusulas de un Tratado Internacional, cuyo texto estuviere fijado en forma definitiva pero respecto del cual no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado español.

2. Una vez que el Tribunal Constitucional reciba el requerimiento respectivo, deberá emplazar al requirente y a todos y cada uno de los demás órganos legitimados para que en el plazo de un mes manifiesten una opinión fundada sobre tal cuestión.

3. Dentro del mes siguiente el Tribunal deberá emitir una declaración.*

4. En cualquier momento el Tribunal Constitucional podrá solicitar a cualquiera de las partes o a cualquier otro órgano estatal o persona física o moral, o a las Comunidades Autónomas, cualquier aclaración, ampliación o precisión que considere necesaria, dándoles para tal efecto treinta días como máximo, transcurridos los cuales, emitirá la resolución correspondiente dentro del término antes fijado.

* Compaginamos totalmente con los razonamientos vertidos por Torres del Moral al exponer que: "...cautelosamente, la Constitución no habla de recurso ni de sentencia, sino de *requerimiento* al Tribunal constitucional para que se pronuncie, y de *declaración* de éste...", TORRES DEL MORAL, Antonio, *Op. Cit.*, Pág. 804. En efecto, al no surgir la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado, de un proceso judicial de naturaleza contenciosa, la decisión que tome el TC no puede ser considerada como una sentencia, y aún cuando nosotros utilizamos la denominación "sentencia" para referirnos a los efectos de la declaración, tal término lo empleamos por considerarlo más representativo, aunque en términos rígidos, la denominación que usamos es inexacta, situación que consideramos subsanada con ésta aclaración.

3.4.4 EFECTOS DE LA SENTENCIA.

Del contenido de los artículos 95 y 164 constitucionales se derivan los efectos de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad de un tratado internacional.

El artículo 95 dispone que: “1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.”

Por su parte el numeral 164 reza que: “1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las 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 plenos efectos frente a todos.

2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.”

Bajo los anteriores lineamientos podemos señalar que los efectos de la mencionada declaración serán que:

1. El tratado internacional no podrá ser aprobado.
2. La única forma en que el tratado internacional puede incorporarse al sistema jurídico español, es mediante la correspondiente reforma constitucional.
3. La sentencia del Tribunal Constitucional tiene el carácter de cosa juzgada, por tanto, contra ella no procederá recurso alguno.
4. Deberá publicarse en el Boletín Oficial Español y a partir del día siguiente surtirá efectos para todos, o sea, *erga omnes*.

Por consiguiente como dice Jimeno Bulnes, en el requerimiento que se hace al máximo tribunal “...no tiene lugar la petición de un mero dictamen consultivo al TC sino que éste dictará una sentencia de carácter vinculante y general,

confirmando o no la existencia de dicha contradicción, en cuyo primer caso sería innecesaria la revisión constitucional.”⁸⁷

Es necesario hacer algunas precisiones sobre el numeral 2 del listado anterior, en virtud de que si bien es cierto que del texto del artículo 95.1 constitucional se desprende que un tratado internacional inconstitucional hará necesaria la revisión previa de la Constitución, para así poder incorporarse al sistema jurídico, la realidad es que han surgido otras soluciones alternativas, que no implican necesariamente reformar a la Ley Suprema, así, Méndez Rocasolano arguye que: “En caso de que el dictamen declare el Tratado inconstitucional, la declaración tendrá carácter vinculante, pudiéndose renegociar el texto del Tratado, realizar reservas, renunciar a la ratificación del Tratado o reformar la Constitución.”⁸⁸

Diez de Velasco se inclina sobre la existencia de dos posibilidades: “Si el alto Tribunal estimase la inconstitucionalidad del tratado habrá dos soluciones (suponiendo que no se pueden interponer reservas): una, como nada obliga a ser Parte del Tratado, no prestar el consentimiento, evitando así el conflicto con la Constitución; la otra, es iniciar la previa revisión de la Constitución (art. 95.1), por los mecanismos previstos en los arts. 166 a 169 de la Constitución, aunque también la reforma constitucional podría hacerse para tal fin sin necesidad de acudir al Tribunal Constitucional si la contradicción entre el Tratado y la Constitución fuese evidente. En definitiva, se trata de evitar todo conflicto con la Constitución.”⁸⁹

En éste mismo sentido Torres del Moral manifiesta que según Remiro Brotons, existen cuatro posibilidades para actuar, en caso de una declaración de inconstitucionalidad del TC, éstas son:

- a) Se vuelve a negociar el texto.
- b) Se le hacen reservas al ya acordado, si en ello conviene la otra parte.

⁸⁷ JIMENO BULNES, Mar, EL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA, en: BAZAN, Victor, *Op. Cit.*, Pág. 397.

⁸⁸ MÉNDEZ ROCASOLANO, M.^a, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, en: LUCAS VERDÚ, Pablo (compilador), *Op. Cit.*, Pág. 58.

⁸⁹ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Op. Cit.*, Pág. 161.

- c) Se reforma la Constitución antes de prestar el consentimiento estatal al tratado. Es lo sucedido con la ocasión de la ratificación del Tratado de Masstricht.*
- d) Se renuncia a su conclusión.⁹⁰

En la postura anterior, las sentencias del tribunal Constitucional español pueden ser en tres sentidos:⁹¹

1. Declarando la inconstitucionalidad de una norma;
2. Declarando la nulidad de la norma, y
3. Dictando una sentencia interpretativa, éstas a su vez pueden ser:
 - a) Sentencias interpretativas parcialmente desestimatorias;
 - b) Sentencias interpretativas parcialmente estimatorias, y
 - c) Sentencias interpretativas constitutivas.

Enfoquemos la explicación a los tres últimos supuestos. En las sentencias de interpretación parcialmente desestimatorias, se desestima la declaración de inconstitucionalidad de la norma, en virtud de que al interpretar sus preceptos de determinada manera, la hacen compatible con la Constitución.

En las sentencias en las que se hace una interpretación parcialmente estimatoria, se determina la inconstitucionalidad de una norma, por que sus preceptos, a la luz de determinada interpretación la hacen violatoria del texto fundamental, es decir, en el caso anterior el Tribunal Constitucional hace una

* Sobre la declaración que el Tribunal Constitucional emitió con motivo de la contradicción entre el Tratado de Maastricht y la Constitución –problema antes planteado- relata Mónica Castillejos que: “Finalmente, el fallo del Tribunal Constitucional resolvió que la estipulación contenida en el artículo 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, tal y como quedaría redactado en el Tratado de la Unión Europea, era contraria al artículo 13.2 de la Constitución en relación con la atribución del derecho de sufragio pasivo en elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión Europea que no sean nacionales españoles. Con la sentencia dictada el 1º de julio de 1992, el Tribunal tras haber hecho algunas consideraciones sobre su competencia en el ejercicio de la función prevista en la Ley Fundamental, concluyó, entre otros razonamientos, en la necesidad de adecuar el texto constitucional a las reglas contenidas por el Tratado de Maastricht, a través de la reforma constitucional con el objeto de adecuar las normas relativas la (sic) sufragio en el ordenamiento jurídico nacional.”

Por lo que respecta al segundo caso sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, sobre la posible incompatibilidad entre la Constitución Española y la llamada Constitución Europea, “...el Pleno constitucional dio a conocer el texto de la declaración aprobada con nueve votos a favor y tres en contra, en la que respondió al Gobierno, que no existía contradicción entre la Constitución Española y la europea.” Véase CASTILLEJOS ARAGÓN, Mónica, *Op. Cit.*, Págs. 45 a 48.

⁹⁰ TORRES DEL MORAL, Antonio, *Op. Cit.*, Pág. 151.

⁹¹ BALBUENA CISNEROS, Arminda, *Op. Cit.*, Págs. 196 y 197.

interpretación para que la norma se haga constitucionalmente válida, en el supuesto que analizamos la interpretación del órgano supremo va encaminada a determinar la inconstitucionalidad de la norma.

Por último, en el caso de las resoluciones de interpretación constitutiva, el TC hace también una interpretación, pero no se confina a la elaboración de una interpretación meramente descubridora, sino que constituye o crea una determinada disposición, arrogándose en éste supuesto auténticas facultades legislativas, mismas que estimamos no son acordes con la naturaleza de un Tribunal Constitucional.

CAPITULO IV
PROPUESTA PARA EL CONTROL PREVIO DE LOS TRATADOS
INTERNACIONALES EN MEXICO.

4.1 EL CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MEXICO.

Los sistemas de control de la constitucionalidad avanzan cada vez más hacia la instauración de mecanismos de control que logren una tutela integral del texto constitucional, México no puede permanecer al margen de ésta evolución, y la única forma de lograr tal desarrollo es mediante una reforma seria al sistema de justicia, no sólo como una de las reformas complementarias, si no indispensables y necesarias para la consolidación de un Estado constitucional de derecho.

A lo largo de los capítulos previos se han estudiado los mecanismos procesales de salvaguarda constitucional imperantes en nuestro país, dejando bien marcadas las deficiencias de los mismos y el retraso que tenemos cuando comparamos nuestro sistema jurídico con sistemas como el alemán, el francés y el español, la necesidad de llevar a la praxis jurídica más medios de control de constitucionalidad se hace cada vez más evidente, es una de las tantas “reformas pendientes” que los gobernantes aún deben a la ciudadanía.

El control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales sería un primer gran paso para lograr esa reforma a la que nos hemos referido¹, y en México ya han existido intentos por incorporarlo a nuestra normatividad nacional, pues en efecto, como nos manifiesta el ex-ministro de la Suprema Corte, Juventino Castro, a raíz de las reformas constitucionales de 1994, se presentaron varias iniciativas tendientes a la modernización del sistema jurídico mexicano, entre ellas, una propuesta por el grupo parlamentario del Partido Acción Nacional

¹ Podemos señalar que el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales ha sido implementado en varios países tanto europeos como americanos, pues además de los sistemas alemán, francés y español, a los cuales ya nos hemos referido con anterioridad, Andorra, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Eslovenia y Portugal, son algunas naciones que también lo han establecido en sus textos constitucionales. Al respecto véase, BRAGE, CAMAZANO, Joaquín, LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD, *Op. Cit.*, Págs. 152 y 153. *Cfr.* GOMEZ PEREZ, Mara, LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SOBERANIA NACIONAL, México, editorial Porrúa, 2003, Pág. 62.

en la Cámara de Senadores, que propusieron la reforma para los artículos 105 y 133 de la Constitución, el autor mencionado expone que: "Por otra parte, los legisladores del Partido Acción Nacional, en su iniciativa, lo que no se hace en la iniciativa del Gobierno Federal, proponen la reglamentación del control constitucional que denominan "control preventivo" como una extensión de la acción de inconstitucionalidad que se establece en la fracción II del artículo 105 constitucional, y además la regulación del control difuso constitucional en una reglamentación del Artículo 133 del propio texto de la Constitución General de la República."²

A pesar de lo anterior, no sólo los tratados internacionales podrían ser objeto de estudio de éste medio de control, la misma fiscalización preventiva podría realizarse respecto de reformas a la Constitución, reformas a las constituciones locales y al Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y también en los procedimientos de creación de leyes, hemos optado en éste trabajo de titulación por hacer referencia sólo a los tratados internacionales, pues tratar todos los supuestos en los que el control *a priori* pudiera operar, sería aventurado y hasta irresponsable, en virtud de que cada una de éstas normas generales posee una naturaleza diferente, y por tanto, el tratamiento que a cada una se le debe dar, es por consiguiente, diferente también.

Además, el hecho de que un tratado internacional sea declarado inconstitucional después de que ha sido ratificado, y en consecuencia, forme parte integrante de nuestro sistema jurídico, es más delicado que los otros supuestos, pues en éste caso están involucradas otras voluntades de terceros Estados soberanos con los cuales hemos adquirido determinados compromisos, y los que, en caso de un incumplimiento por parte de México, bajo cualquier argumento, no dudarían en hacer valer la responsabilidad internacional en que nuestro país incurra con motivo de ese incumplimiento.

En consonancia con lo anterior, resulta interesante la siguiente tesis aislada, que obra bajo el rubro:

² CASTRO Y CASTRO, Juventino V., EL ARTICULO 105 CONSTITUCIONAL, *Op. Cit.*, Pág. 44.

“TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNION Y SE UBICAN JERARQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental “pacta sunt servanda”, contrae libremente obligaciones frente a la Comunidad Internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad internacional.”³

Esta situación es explicada de manera clara, y representa totalmente nuestra ideología sobre el tema, por Diez de Velasco, quien manifiesta que: “El control de constitucionalidad corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional. Si el Tribunal Constitucional declarase la inconstitucionalidad del tratado no significa que el Tribunal Constitucional pueda declarar la nulidad del Tratado como lo hace respecto de la Ley (art. 39 de la L.O.T.C.). Debe entenderse que lo declara inaplicable (nulidad puramente interna), pues la nulidad de un Tratado sólo puede fundarse en las causas previstas en el Derecho Internacional (art. 42.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y no puede ser declarado unilateralmente por una de las Partes. Ahora bien, no aplicar el Tratado significaría incurrir en responsabilidad internacional...”⁴

En el mismo sentido Torres del Moral expresa: “...mientras la Constitución no sea reformada, dicho tratado no puede ser celebrado. Y si inadvertidamente lo fuere, puede ser declarado inconstitucional y expulsado de nuestro ordenamiento. Ahora bien, como el Tribunal Constitucional no tiene, ni puede tener, jurisdicción

³ Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Abril de 2007, Página 6, Tesis: P.IX/2007, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional.

⁴ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Op. Cit.*, Pág. 227.

internacional, el tratado sigue siendo válido en este ámbito y el Estado español habría de hacer frente a la responsabilidad internacional por su incumplimiento.”⁵

Así las cosas, considero importante el tratamiento de dos primeros puntos, en primer lugar, dar algunos lineamientos generales sobre la responsabilidad internacional, y en segundo, estudiar las disposiciones de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados relativas a la nulidad de un tratado internacional motivada por la inconstitucionalidad del mismo.

1. La Responsabilidad Internacional.

El tema que ahora tratamos ha sido materia de múltiples debates y teorías, que han desembocado en posturas generalmente aceptadas, en gran medida, más por la necesidad de crear criterios unificadores para hacer frente a una realidad cada vez más activa en las relaciones internacionales, que a la convicción total que de las mismas se tenga.

Dos son las principales teorías que al respecto se han formulado, nos referimos a la *teoría de la falta* y a la *teoría del riesgo*, también llamada de la *responsabilidad objetiva*, teniendo en Grocio y en Anzilotti, respectivamente, a sus más fieles exponentes.

Comenta César Sepúlveda que la teoría de la falta consiste en que: “El hecho que genera la responsabilidad internacional debe ser no sólo contrario a una obligación internacional, sino constituir una falta (omisión, dolo, negligencia, etc.). Se trata de responsabilidad por culpa.”⁶, Por otra parte, el mismo autor expone que la teoría de la responsabilidad objetiva “Reposa en una idea de garantía, en la cual la noción subjetiva de falta no juega papel alguno. En éste sistema, la responsabilidad es producto de una relación de causalidad entre la actividad del Estado y el hecho contrario al derecho internacional.”⁷

El primer aspecto que debemos precisar es definir o dar una noción de que se debe entender por responsabilidad internacional, una concepción que a nuestro parecer resulta bastante completa y clara, es la que nos proporciona el maestro

⁵ TORRES DEL MORAL, Antonio, *Op. Cit.*, Pág. 234.

⁶ SEPÚLVEDA, César, DERECHO INTERNACIONAL, 24ª edición, México, editorial Porrúa, 2004., Pág. 240.

⁷ *Idem.*

Carlos Arellano García, éste autor manifiesta que: “Gramaticalmente la expresión “responsabilidad” tiene como primera acepción la “obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal”. El origen de la palabra responsabilidad está en el verbo latino *respondere* que significa contestar a lo que se propone y satisfacer así el pedimento, alegato, dificultad o demanda. A su vez, el vocablo “internacional” es un adjetivo que está formado de las expresiones “Inter” y “nacional”, que significan, “relativo a dos o mas naciones”, o sea lo relativo a dos o más Estados. En consecuencia, en su mera significación gramatical por “responsabilidad internacional” entendemos la obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal, en lo relativo a las actividades de dos o más Estados.”⁸, observamos cómo nuestro autor se adhiere a la teoría de la falta.

Resultan interesantes las palabras de Loretta Ortiz al manifestar lo siguiente: “La responsabilidad internacional se origina en las conductas violatorias de las normas del derecho internacional, llevadas a cabo por los sujetos de éste. Al ser el Estado el sujeto internacional por excelencia, debe centrarse la atención en la responsabilidad internacional del mismo. Esta puede provenir de conductas violatorias que atacan a las personas, los bienes o cualesquiera derechos de otro Estado, si tales personas, bienes o derechos están protegidos por normas internacionales.”⁹

Vallarta Marrón al respecto dice: “Al hablar de responsabilidad de los Estados nos referimos a las consecuencias jurídicas de los actos ilícitos de los Estados; a las obligaciones de quienes han violado un deber incorporado en una norma jurídica vinculante y a los derechos del Estado afectado por esa violación.”¹⁰, en seguida el mismo autor ofrece una clasificación de las obligaciones de los Estados que resulta de suma utilidad, pues son precisamente las obligaciones estatales, el punto de partida para la generación de la

⁸ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Op. Cit.*, Pág. 211.

⁹ ORTIZ AHLF, Loretta, *DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO*, 3º edición, México, editorial Oxford, 2004, pág.

¹⁰ VALLARTA MARRÓN, José Luis, *DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*, México, 2004, Pág. 184. La presente obra aún no ha sido editada, pero obra bajo el número de registro 02-2004-0728110458000-01.

responsabilidad internacional, “Tratadistas han distinguido entre *obligaciones primarias* y *obligaciones secundarias*. Las *primarias* serían las obligaciones de los Estados y otros sujetos de Derecho Internacional surgidas de cualquiera de las fuentes de ese Derecho. Con el incumplimiento de una obligación internacional, surge una nueva relación jurídica entre el Estado que violó su obligación y el Estado víctima de ese acto ilícito; la nueva obligación de reparar el daño, a cargo del Estado que incumplió su deber sería una *obligación secundaria*.”¹¹

Es por demás conocido, que cuando alguien incumple un compromiso al que se ha obligado, es responsable de los daños que por ese incumplimiento cause a otra parte, éste principio es aplicable tanto a las relaciones entre particulares como a las relaciones entre los Estados, no obstante, otra cuestión, quizás de mayor relevancia que la misma definición de “responsabilidad internacional”, es la relativa a los elementos que deben darse para que la responsabilidad pueda existir.

En la tesitura anterior, Sepúlveda afirma que según la jurisprudencia internacional, son dos los requisitos que se exigen para que la responsabilidad internacional quede configurada, éstos son, a saber: la imputabilidad, y que el hecho sea ilícito a la luz del derecho internacional, es decir, por imputabilidad debemos entender, que el hecho que se considera como generador de la responsabilidad internacional, debe ser plenamente atribuible a un Estado, pero además, que ese hecho sea ilícito por así determinarlo las reglas del derecho internacional.

En recientes épocas la Comisión de Derecho Internacional (CDI), a la cual se le encomendó la codificación de las disposiciones internacionales sobre ésta materia, adoptó el criterio previamente expuesto, al señalar en uno de los artículos del proyecto que: “Existe un hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional, y b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado.”

¹¹ *Ibidem.*, Pág. 186.

Arellano García se muestra más minucioso al respecto, según éste autor, los elementos que se deben dar para que la responsabilidad del Estado pueda surgir, son:

“A) Existencia de una norma jurídica internacional que establece un deber a cargo de un sujeto de la responsabilidad internacional.

B) Una conducta violatoria de la norma jurídica internacional, que puede consistir en acciones u omisiones o en ambas.

C) La conducta violatoria de la norma jurídica internacional ha de ser imputable directa o indirectamente al Estado.

D) La violación imputable de la norma jurídica internacional ha de engendrar un daño material o moral.”¹²

El internacionalista Seara Vázquez expone una postura tripartita, al señalar que los elementos que configuran la responsabilidad internacional son:

- “1. Violación del derecho internacional.
2. Imputabilidad de tal violación a un Estado.
3. Existencia de un daño material o moral.”¹³

El profesor Vallarta Marrón sostiene una postura similar, pues para el, los elementos constitutivos de la responsabilidad internacional son:

- “1. Violación de una obligación prevista en el Derecho Internacional vigente entre el Estado responsable y el perjudicado:
2. El acto ilícito debe ser imputable al Estado, y
3. El daño debe ser identificado como consecuencia del acto ilícito. El daño no debe ser necesariamente patrimonial, pero aún así, un tribunal puede ordenar una reparación pecuniaria.”¹⁴

Por otra parte, pero derivado de lo anterior, es importante destacar que la responsabilidad del Estado a nivel internacional puede ser motivada por el actuar de los órganos estatales, o bien, por el Estado mismo como entidad unitaria, e incluso por los particulares y por otros sujetos de derecho internacional,

¹² ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Op. Cit.*, Pág. 214.

¹³ SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*, 17ª edición, México, editorial Porrúa, 1998, Pág.347.

¹⁴ VALLARTA MARRÓN, José Luis, *Op. Cit.*, Pág. 187.

desprendiéndose de ello la clasificación de la responsabilidad internacional directa e indirecta.

“Dícese que existe responsabilidad directa cuando los órganos del Estado, o éste actuando como un todo, violan una obligación internacional. La responsabilidad indirecta o derivada se daría cuando el Estado, debiendo corregir un daño causado por un particular, o por uno de sus órganos actuando *ultra vires*, o bien, por daños causados por otro sujeto de la comunidad internacional de cuyos actos responde, no lo hace, incurriendo en la figura jurídica de omisión, o en la negligencia.”¹⁵

En éste contexto podemos concluir que el Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por:

1. Actos del Estado como tal;
2. Actos del Poder Ejecutivo;
3. Actos del Poder Legislativo;
4. Actos del Poder Judicial;
5. Actos de un particular, y
6. Actos de otro sujeto de derecho internacional.

A pesar de la clasificación anterior, nosotros estimamos que la responsabilidad internacional surgida por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un tratado internacional bajo el argumento de que sus cláusulas son contrarias a la Constitución, provocaría la responsabilidad directa del Estado, no de sus órganos, sino de la entidad estatal como cuerpo unitario e integral, en éste mismo sentido se pronuncia el autor español Díez de Velasco, al manifestar que: “Sin embargo, España como Estado asume la *responsabilidad internacional* por un eventual incumplimiento del tratado y no importa qué institución o poderes del Estado haya violado el tratado (puede ser un órgano legislativo, ejecutivo, judicial del Estado o de una Comunidad Autónoma u otras entidades territoriales u organismos públicos). El incumplimiento del tratado es un hecho ilícito

¹⁵ SEPÚLVEDA, César, *Op. Cit.*, Pág. 241.

internacional que se atribuye únicamente al Estado en su conjunto, debiendo asumir éste la correspondiente responsabilidad internacional.”¹⁶

Finalmente, uno de los aspectos más importantes a tratar, es el relativo a la naturaleza y a los alcances de la reparación del daño en caso de que se incurra en incumplimiento de una obligación internacional.

Como dice el maestro Seara, “Cuando se ha producido un daño como consecuencia de una violación del Derecho internacional, nace para el Estado culpable la obligación de reparar.

Esta obligación puede presentarse de dos formas: a) cuando se trata de un daño material, el Estado causante de él debe proceder a la “reparación”; b) si se trata de un daño moral (insultos al Estado o a sus símbolos representativos), el Estado que lo ha causado está obligado a dar una “satisfacción”, que puede revestir diversas formas (saludos a la bandera del país ultrajado, presentación de excusas, etc.).”¹⁷

Por otra parte, agrega el mismo autor que la finalidad de la reparación debe ser la restauración del *statu quo* de las cosas al estado en que se encontraban antes de la infracción y desde luego, del daño causado. Manifiesta también que no toda responsabilidad del Estado necesariamente tiene que desembocar en una obligación de carácter económico o pecuniario, salvo cuando el daño causado haya sido de tal naturaleza, sus palabras son las siguientes: “...creemos más bien que tal pago sólo procede cuando se haya producido un daño de carácter económico. El sistema de las multas pecuniarias no se encuentra establecido en el Derecho internacional, y cuando un Estado debe pagar una suma determinada se entiende que es para indemnizar al otro Estado por los daños y perjuicios sufridos, sin que la suma pueda exceder de ellos para adquirir el carácter de multa. Se encuentran, sin embargo, algunos casos de jurisprudencia en que se concedieron determinadas sumas que, excediendo el carácter de estricta reparación por los daños materiales sufridos, podrían interpretarse, o como reparación pecuniaria del perjuicio moral sufrido, o como sanción penal.”¹⁸

¹⁶ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Op. Cit.*, Pág. 229.

¹⁷ SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Op. Cit.*, Pág. 352.

¹⁸ *Idem.*

Bajo el contexto anterior, “...en el artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se prevé la aceptación de la jurisdicción de ese tribunal para decidir sobre *la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional*.

La reparación puede consistir en el pago de una cantidad en efectivo o en la entrega de ciertos bienes. La reparación puede no tener carácter económico y limitarse a una explicación, disculpa o satisfacción. Con base en los laudos arbitrales, puede afirmarse que es muy difícil obtener reparación por perjuicios, por lucro cesante.”¹⁹

En síntesis, la reparación del daño causado por la responsabilidad internacional puede consistir en:²⁰

1. Medidas económicas:

- a) Pago en efectivo, y
- b) Pago en especie.

2. Medidas no económicas:

- a) Explicación;
- b) Disculpa y
- c) Satisfacción.

Por su parte Loretta Ortiz²¹ señala que las modalidades de la reparación del daño por la violación de una obligación internacional son:

a) La restitución, (en especie) misma que consiste en restituir la situación que se hubiere generado mediante el cumplimiento de la obligación que el Estado culpable hubiere dejado de cumplir, o bien, a través de la revocación del acto correspondiente.

b) La indemnización, que básicamente consiste en una reparación económica, misma que debe comprender todos los daños que se hubieren causado.

c) La satisfacción, que es la forma de reparar o resarcir los daños no materiales que se hubieren ocasionado a un Estado, sino más bien, que tengan un

¹⁹ VALLARTA MARRÓN, José Luis, *Op. Cit.*, Págs. 195 y 196.

²⁰ *Ibidem.*, Pág. 196.

²¹ ORTIZ AHLF, Loretta, *Op. Cit.*, Págs. 169 a 173.

carácter moral o relativo a la dignidad nacional. Esta forma a su vez se escinde en cuatro subespecies:

1. La presentación de excusas;
2. El castigo de la persona creadora del daño moral;
3. La declaración judicial de la ilegalidad del acto, y
4. la satisfacción de carácter pecuniario.

Desde luego que lo que más está en juego, es la imagen y el prestigio internacional del Estado mexicano frente a la comunidad internacional.

2. Nulidad de los tratados internacionales por violación del derecho interno.

Es en el artículo 46 de la Convención de Viena Sobre el Derechos de los Tratados en donde encontramos el basamento para la nulidad de un compromiso internacional, tal dispositivo establece:

“46. Disposición de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 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 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.”

De las líneas anteriores se desprenden algunos elementos para invocar la inconstitucionalidad de un tratado internacional.

1. Que se vulnere una disposición interna relativa a la competencia para celebrar tratados,
2. Que la violación a la disposición interna sea manifiesta.
3. Que la disposición interna violada sea de importancia fundamental para el derecho interno.

Por violación manifiesta se debe entender lo que la propia Convención define en el artículo 46.2, es decir, que dicha vulneración a una norma fundamental interna sea objetiva y evidente para todos los Estados, según la práctica usual y la buena fe.

Por violación a una norma interna *fundamental*, debe entenderse, desde luego, a la Constitución de un Estado, pues sólo ella puede tener el carácter de

fundamental, o sea, que las antinomias de un tratado internacional con disposiciones secundarias no puede dar lugar a la nulidad del mismo.

El problema surge cuando se dice: "...disposición de derecho interno relativa a la competencia..." pues tal redacción hace suponer que el único supuesto en que un Estado puede reclamar la nulidad de un compromiso internacional, es cuando en su formación se ha presentado una irregularidad formal, como lo es la falta de competencia de quien celebra o manifiesta la voluntad de obligarse a un tratado, y por consiguiente las irregularidades materiales que puedan haber, quedan al margen de lo previsto en éste numeral de la Convención de Viena.

A pesar de ello, algunos tratadistas se han inclinado por manifestar que en el caso de la incompatibilidad material de un tratado con la Constitución -como norma interna fundamental que es- puede ser también causa de la nulidad de un tratado internacional, criterio al cual nos adherimos.

En ésta misma tesitura se ha colocado la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, como se desprende de la tesis que dice: **"TRATADOS INTERNACIONALES, VALIDEZ DE LOS.** El artículo 133 de nuestra Constitución, previene que: "... la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se sujetarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en Constituciones o leyes de los Estados.". Los estudiosos de nuestra Constitución, sostienen, invariablemente, que la misma Ley Suprema no fija la materia sobre la cual deben versar los tratados y convenciones que celebre el gobierno de la República; pero en lo que también está de acuerdo, es que la locución "y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma", se refieren a que las convenciones y tratados celebrados, no estén en pugna con los preceptos de la misma Ley Fundamental, es decir, que "estén de acuerdo con la misma". Es pues evidente, que todo tratado o convenio celebrado por el presidente de la República, así esté aprobado por el Senado, pero que contradiga o esté en oposición con los preceptos de la Constitución, en los puntos o actos en que esto acontezca, no debe tener eficacia jurídica."²²

Un punto más que nos gustaría tocar, antes de entrar a la exposición de nuestra propuesta final concreta, es el relativo a la justificación de la coexistencia

²² Registro No. 806117, Localización: Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XCVI, Pág. 1639, Tesis Aislada, Materia (s) Constitucional.

de los medios represivos imperantes en nuestro sistema, con el medio preventivo que proponemos, tal y como ocurre en otros países del orbe.

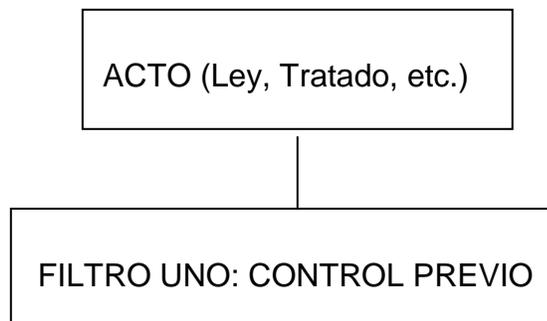
El control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, no es *per se*, excluyente de los medios de control *a posteriori*, sino por el contrario, vienen a ser mecanismos complementarios, en el mismo tenor se expresa Canosa Usera al decir que en España “El control previo de constitucionalidad no excluye el control posterior de los tratados, en el que desembocaría en un recurso de inconstitucionalidad o una cuestión de inconstitucionalidad.”²³

Para explicar nuestra ideología al respecto formulamos la siguiente:

TEORIA DEL FILTRO.

Los sistemas de control de la constitucionalidad deben estar articulados de modo que mediante la interacción de los diversos medios de control existentes se pueda lograr la finalidad de la creación de un acto constitucionalmente perfecto, esto es, aún cuando los distintos mecanismos de control estén diseñados para la impugnación de determinados actos, en determinadas condiciones y en ciertos momentos, el funcionamiento de los mismos no es excluyente, sino que puede ser alternativo o sucesivo y en ocasiones hasta simultáneo.

En la tesitura anterior, podemos señalar que en nuestro sistema, un acto determinado puede ser objeto de impugnación a través de los diversos medios de control existentes en nuestro país, como en seguida se explica.



²³ CANOSA USERA, R., TRATADO INTERNACIONAL, en: LUCAS VERDÚ, Pablo, (Compilador), *Op. Cit.*, Pág. 413.

Puede ser que el control previo sea efectivo por sí mismo, pero la misma posibilidad existe de que no sea así, pues en el momento en que el órgano competente haya realizado el examen a priori correspondiente, pudieron haberse escapado uno o más preceptos viciados de inconstitucionalidad, bien porque simplemente no los observó, o bien, porque dado el momento en el que se hizo el estudio de constitucionalidad, no fue posible advertir esos defectos del acto sujeto a control, los cuales sólo con su aplicación a un caso concreto, o bien por otras inconsistencias potencialmente existentes en el devenir de su creación, pueden tener cabida.

En éste contexto, existen dos supuestos:

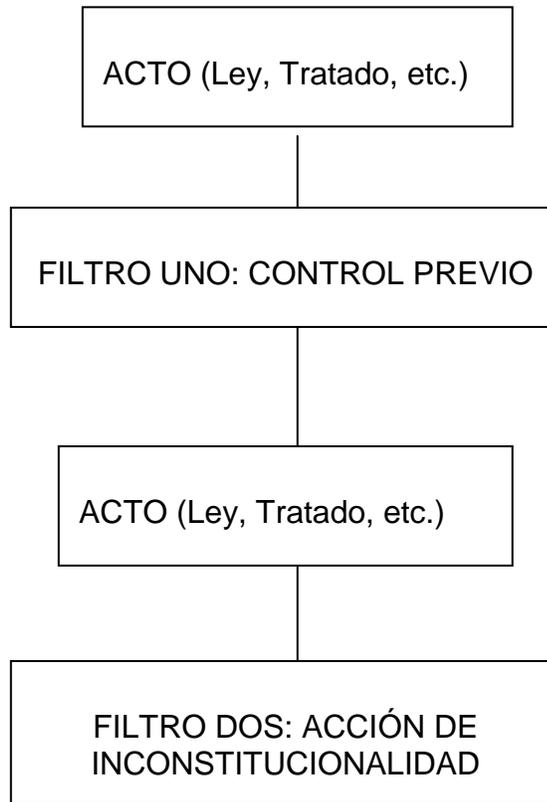
- a) Que el acto sea declarado inconstitucional, y
- b) Que el acto sea declarado constitucional.

En el primer supuesto, el control previo resultó eficaz por sí mismo, y la consecuencia inmediata es que el acto controlado no va a ser aprobado, pues no pudo superar el primer filtro.

En el segundo caso, no se puede afirmar que el filtro uno no fue eficaz, sólo se puede decir, que mediante el estudio de constitucionalidad primario no se advirtió que el acto tuviese vicios de inconstitucionalidad y por tanto, es posible su incursión al sistema jurídico.

Pero lo anterior no significa que el acto por haber sido materia de un control de constitucionalidad primigenio, va a estar exento de otros estudios subsiguientes, pues como antes lo he señalado, el acto, por su existencia todavía prematura, no ha tenido la oportunidad de lograr una extensión de su eficacia normativa, derivado del cual pudiesen surgir nuevas cuestiones dubitativas en cuanto a su conformidad con el texto constitucional.

Supongamos que el “acto” fue declarado constitucional, por tanto, se autoriza su aprobación y consiguiente ratificación, si hablamos de un tratado, o en su caso su aprobación, y ulteriores promulgación y publicación, si son otras normas generales, en éste sentido, nada impide que el “acto” pueda ser nuevamente fiscalizado mediante la práctica de otro medio de control, verbigracia una acción de inconstitucionalidad, constituyendo ésta, un segundo filtro:



En éste segundo estudio de la constitucionalidad del acto sólo se tendrá una limitante, consistente en que no se podrán invocar nuevamente los mismos preceptos anteriormente impugnados y analizados mediante el filtro uno* .

Las posibilidades son la mismas:

- a) Que el acto sea declarado inconstitucional, y
- b) Que el acto sea declarado constitucional.

En el primer caso el acto será declarado invalido, debido a su irregularidad constitucional. En la segunda hipótesis, el acto seguirá su curso y listo para entrar en vigor y ser aplicado.

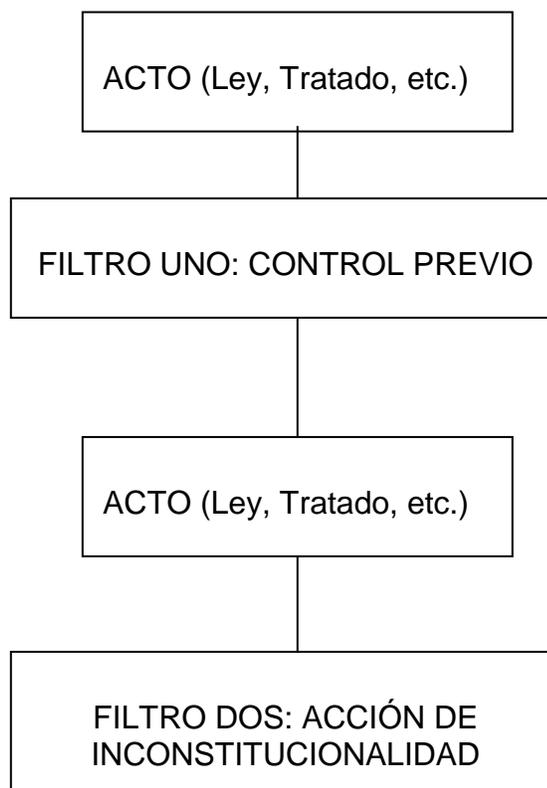
Lo anterior revela dos situaciones, la primera, es que hasta éste momento los medios de control de constitucionalidad han sido de carácter abstracto, lo que

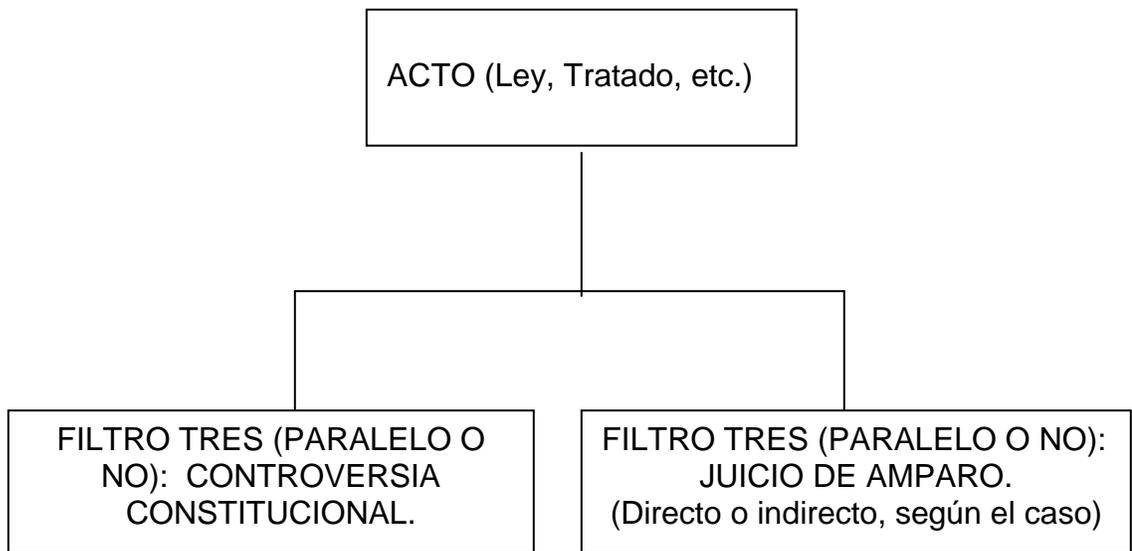
* Esta regla puede admitir casos de excepción, pues si llegado el momento, el Tribunal Constitucional considera que, previo el estudio de las constancias necesarias, es posible y necesario el examen de la constitucionalidad de los preceptos que ya han sido estudiados, puede proceder nuevamente al examen correspondiente, si a su juicio el acto se encuentra inmerso en una serie de circunstancias que lo colocan totalmente en un panorama diverso a aquel en que anteriormente se encontraba cuando se realizó la fiscalización constitucional primigenia.

sólo significa que la aplicación del acto ha sido nula, o sea, que el acto controlado nunca se ha aplicado a un caso concreto o particular, lo cual hace más propensa la posibilidad de descubrir nuevas inconstitucionalidades del mismo a raíz de su operatividad pragmática.

La segunda situación radica en que derivado de su entrada en vigor, el objeto controlado puede tener un amplio campo de aplicación, regulando una diversidad de situaciones jurídicas, y por tanto, causando afectaciones a la esfera jurídica de una pluralidad de sujetos, ya personas físicas o morales, y en éste último caso privadas o públicas.

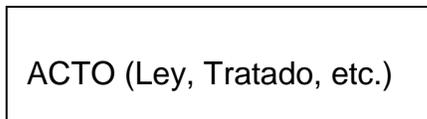
En el contexto anterior, puede ser que el acto declarado constitucional a raíz de la resolución derivada del filtro dos, afecte mediante su aplicación los intereses de un particular, pero también, los de un órgano constituido, como puede ser una Entidad Federativa, un Municipio, etcétera, recurriendo cada uno de los lesionados por el acto, a diversos medios de control, impugnando la inconstitucionalidad del mismo, pudiendo ser diversos los preceptos objetados ó inclusive hasta los mismos.

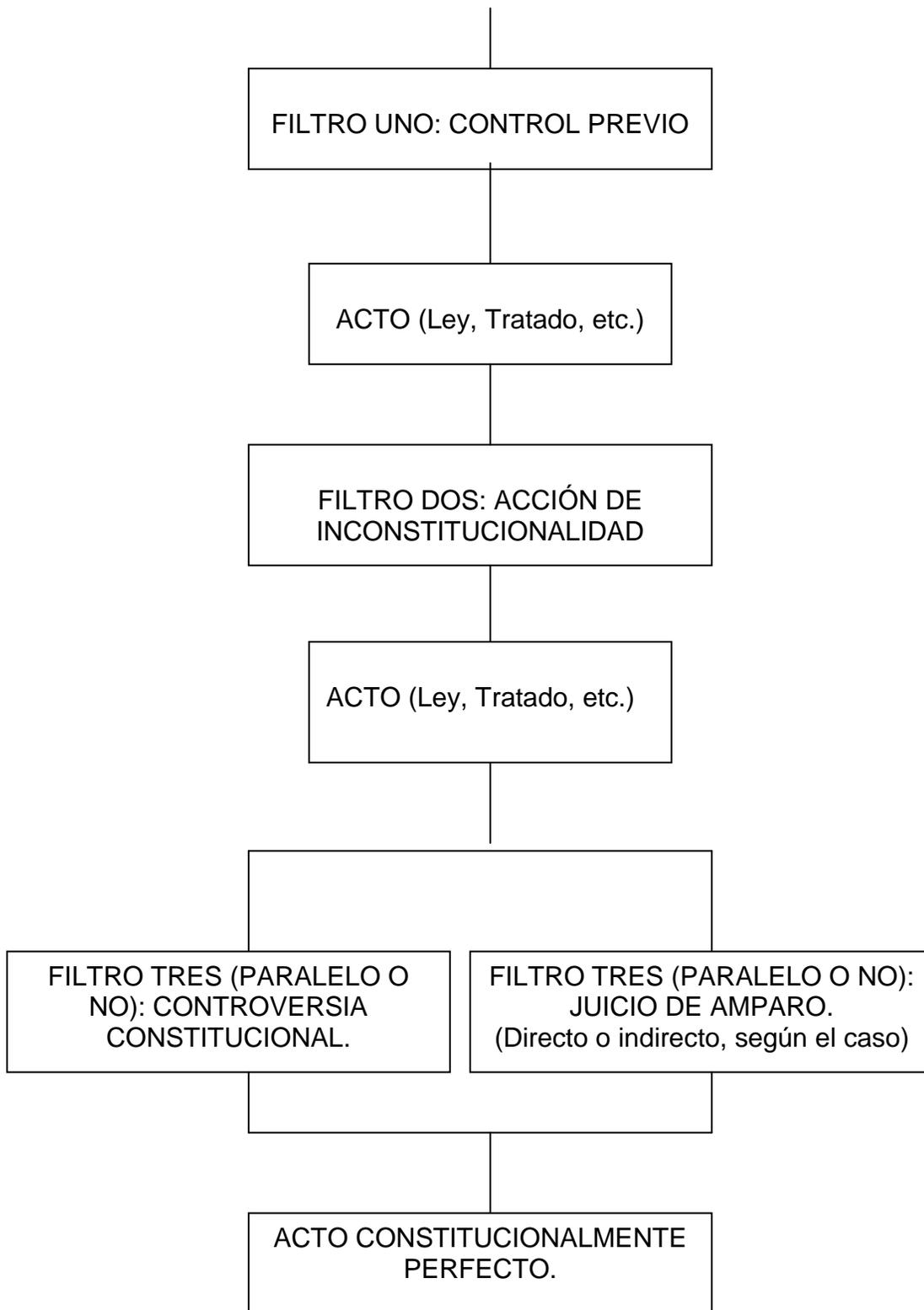




Supongamos que hasta éste momento se hayan agotado todos los medio de control, nada impide que el acto sea objeto de múltiples controversias constitucionales o juicios de amparo, incluso de los medios de impugnación en materia electoral, tantas veces como se aprecien irregularidades constitucionales del mismo, así las cosas, sabemos que las sentencias emitidas en el juicio de amparo tienen efectos relativos, pero en el caso de las controversias constitucionales los fallos que en ellas se emiten pueden tener efectos generales, si la votación de los ministros de la Corte alcanza una mayoría de ocho votos, y se dictan en los supuestos que el artículos 105 constitucional establece, en cuyo caso la parte del acto declarado inconstitucional o en su caso la totalidad del mismo, se dejará sin validez y no podrá ser aplicada en casos futuros.

La consecuencia de que un acto determinado haya sido objeto de múltiples verificaciones en cuanto a su constitucionalidad formal y material, y en tan variadas circunstancias, trae consigo el efecto de que el acto mismo adolezca cada vez menos de vicios de inconstitucionalidad, hasta lograr que éste sea perfecto desde una arista meramente constitucional.





La teoría formulada con anterioridad no se agota en los supuestos explicados, puede ser mas prolongada, según los medios existentes en un país para llevar a cabo el control de la constitucionalidad de un acto, además, dados los elementos lógicos y metodológicos que la componen, le dan matices de generalidad y por tanto, puede aplicarse a cualquier sistema sin mayor dificultad.

4.1.1 ORGANOS LEGITIMADOS PARA SOLICITAR EL CONTROL PREVIO.

Hemos visto como en los países en los cuales opera el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, se da legitimación sólo a algunos de sus órganos constituidos, lo cual a nuestra consideración, contribuye a la prudencia que debe existir en cuanto al ejercicio de éste medio de verificación de constitucionalidad, máxime cuando su objeto son las convenciones internacionales, en síntesis, los órganos legitimados en las naciones antes estudiadas son:

1. Alemania:

- a) El gobierno federal,
- b) Los gobiernos de los Länder y
- c) La tercera parte del Bundestag.

2. Francia:

- a) El Presidente de la República;
- b) El Primer Ministro;
- c) El Presidente de la Asamblea Nacional;
- d) El Presidente del Senado, y
- e) Sesenta diputados o sesenta senadores.

3. España:

- a) El gobierno, y
- b) Las cortes.

Antes de externar nuestra propuesta de quienes deben ser los órganos que gocen de legitimación activa para ejercer el medio de control en estudio,

consideramos apropiado exponer aquellas propuestas que sobre la materia existen, y tratar de acreditar la viabilidad de nuestra postura sobre las demás.

Sobre éste medio de control abstracto de naturaleza preventiva, el maestro Covian Andrade externa que los órganos legitimados para emplear ésta acción deben ser:

”El presidente de la República

El 20% de los diputados federales

El 20% de los senadores

El presidente de la comisión nacional de los Derechos humanos

Las universidades públicas nacionales

Los gobernadores de las entidades federativas y el jefe de gobierno del Distrito Federal

Las legislaturas locales, incluida la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, por mayoría simple de votos

Los presidentes de las comisiones locales de los Derechos humanos

El 0.05% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional con credencial para votar”.²⁴

Es plausible la idea de nuestro autor, al tratar de dar legitimación a tantos y tan variados órganos estatales y no estatales, pues sin duda, un rasgo característico de los sistemas democráticos modernos es la participación de las diversas fuerzas formales y fácticas coexistentes en los mismos, en los procesos a través de los cuales se contribuye al forjamiento del Estado de Derecho, a pesar de ello, creemos que la participación de todos y cada uno de los grupos a los que el maestro Covian Andrade hace referencia, debe tener cabida a través de los distintos mecanismos que en la Constitución se prevean, no necesariamente en uno de ellos, pues estimamos que, según la naturaleza del acto controlado, es lo que nos va a dar la pauta para poder determinar a los órganos que podrán solicitar su control de constitucionalidad.

²⁴ COVIAN ANDRADE, Miguel, LA SUPREMA CORTE Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD. DIEZ AÑOS DE FALLAS E IMPRECISIONES, *Op. Cit.*, Pág. 376.

En el caso de los tratados internacionales, sería sumamente peligroso y hasta catastrófico, otorgar el derecho de instarlo a todos los órganos estatales gubernativos ó autónomos, e incluso a un sector determinado de la ciudadanía. Imaginemos tan sólo un momento -en el supuesto de que, en efecto, todos los órganos y sujetos mencionados tuviesen legitimación activa- a la Convención Nacional Democrática –que sin duda alguna constituye más del 0.05% de los ciudadanos con credencial para votar inscritos en el padrón electoral federal- impugnando previamente cuanto tratado internacional que en materia de libre comercio tratare de celebrar el Estado mexicano, porque lo estimasen contrario a la Constitución, bajo cualquier argumento, así fuese el más ilusorio, nada tendría que decirse al respecto, pues tendrían el derecho para hacerlo, retrasando así cuanto compromiso internacional se quisiera celebrar, causando un ambiente de tensión política en el país y sobre todo, destrozando la credibilidad del Estado Mexicano frente a los otros Estados negociadores y en general frente a la Comunidad Internacional, situaciones todas, que son precisamente las que se tratan de abatir con el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales.

Por otra parte, notamos serios problemas en la propuesta del maestro Covian, pues da legitimación, que bien podría calificarse como una “legitimación doble” y hasta triple, a órganos que a su vez ya encuentran representación en otros órganos también legitimados, por ejemplo, dotar del derecho para instar al órgano competente para realizar un examen *a priori* de la regularidad constitucional de un tratado, tanto a los gobernadores de los Estados como a las legislaturas locales, e incluso a los órganos de gobierno -legislativo y ejecutivo- del Distrito Federal, y paralelamente a la propia Cámara de Senadores, cuando por su naturaleza misma, en éste último órgano parlamentario se encuentran representados los intereses de las Entidades Federativas, situación que cobra mayor fuerza, si tomamos en cuenta que en los tratados internacionales, lo que se compromete es la voluntad de los Estados Unidos Mexicanos, no la de sus partes constitutivas en forma aislada.

Por lo que respecta a las universidades públicas nacionales o un sector determinado de la ciudadanía, creemos que la participación de éstos sujetos, son propias de otros medios de control de la constitucionalidad, particularmente aquellos que tienden a la protección de los llamados derechos *supraindividuales*²⁵ (difusos y colectivos), no encontrando muy justificada la idea de darles participación en el medio de control que estamos estudiando.

Una precisión más, es sobre la legitimación que se propone otorgar a los presidentes de las comisiones locales y nacional de los derechos humanos, en éste caso, consideramos adecuada la propuesta del maestro Covian, pero también la creemos perfectible, por lo siguiente.

En primer lugar, reiteramos la crítica hecha sobre la legitimación paralela propuesta para los cuerpos legislativos y los ejecutivos de las entidades federadas, con el Senado, pues cuando la llamada *cámara alta* aprueba un compromiso internacional encarna la voluntad de los estados federados y del Distrito Federal, pero a su vez, también representa a todas las autoridades locales, incluidas –según nuestro parecer- a las propias comisiones locales protectoras de los derechos humanos.

Reafirman nuestras anteriores notas, la parte del criterio sustentado por la Corte, citado previamente, que obra bajo el rubro: **TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL...** Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, **el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades...**²⁶

En segundo lugar, considero que sólo se debe dar legitimación a la Comisión Nacional de los Derechos humanos (CNDH) y bajo determinados supuestos que adelante señalaremos, y no al Presidente del citado órgano autónomo constitucional como tal, pues no hay que olvidar que la CNDH tiene una

²⁵ Cfr. FERRER MC-GREGOR, Eduardo, JUICIO DE AMPARO E INTERES LEGITIMO: LA TUTELA DE LOS DERECHOS DIFUSOS Y COLECTIVOS, México, editorial Porrúa, 2003.

²⁶ Novena Época., Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Noviembre de 1999, Tesis: P. LXXVII/99, Página 48. (Las negritas son del suscrito.).

composición orgánica colegiada, por tanto, las decisiones deben ser tomadas de la misma manera, ya que de lo contrario incurriríamos en el mismo problema del que se padece en el caso de las Controversias Constitucionales, en donde el Presidente de la CNDH por sí mismo puede impugnar la inconstitucionalidad de leyes federales, locales e incluso de los tratados internacionales, pues la Constitución es omisa al especificar las bases sobre las cuales debe descansar el derecho de éste órgano autónomo, ya que sólo dice en su artículo 105, fracción II, inciso g) “La Comisión Nacional de los Derechos Humanos...”, situación que contribuye a que en ocasiones el *ombudsman* nacional, pueda impugnar disposiciones generales por consigna de otros órganos.*

Proceder de la manera en que propone el maestro Covian sería un hecho bastante cuestionado, ya que incurriríamos en el problema que Brotons ha percibido en España, al dar legitimación a órganos que ni siquiera han participado en el proceso de formación de un tratado, y que por tanto, no han podido evitar su posible inconstitucionalidad.

A nuestra consideración, los órganos legitimados para solicitar el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales en México deben ser:

1. El Presidente de la República;
2. La Cámara de Senadores, y
3. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Por lo que hace al Presidente de la República, no hay muchas dificultades, en virtud de su carácter *unipersonal*, pero tratándose de la Cámara de Senadores, al ser un órgano de composición colegiada, surge el problema de determinar el

* Como un ejemplo reciente de lo que aquí afirmo, podemos hacer referencia la Controversia Constitucional interpuesta por el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, José Luis Soberanes, en contra de la reforma al Código Penal del Distrito Federal, por la que se despenaliza el aborto, pasando por alto las opiniones de los demás integrantes del Consejo Consultivo de la propia Comisión, y que fue, en opinión de un sector de la opinión pública un acto de servilismo del Ombudsman hacia el Presidente de la República, Felipe Calderón. El hecho de que el Presidente de la CNDH haya tomado tal determinación, fue visto por unos, como un acto de responsabilidad de José Luis Soberanes, al no involucrar a los demás integrantes del Consejo Consultivo y atribuirse cualquier apuntamiento o crítica que se pudiera hacer al respecto, pero para otro sector, tal determinación sólo reflejó un acto de oportunismo y servilismo político del mismo, que denotó además, la delicadez de la falta de precisión constitucional sobre la materia.

número de sus miembros que podrán solicitar el control previo, una votación calificada, un porcentaje mínimo de sus miembros, etcétera.

Recordemos que en Alemania se da legitimación a la tercera parte del Bundestag, en Francia se da el derecho de requerir al Consejo Constitucional a sesenta diputados o sesenta senadores, e incluso a los presidentes de ambas cámaras por sí mismos, en España puede ser cualquiera de las Cortes Generales, si es la Cámara de los Diputados se necesitará la conformidad de dos grupos parlamentarios o una quinta parte del Congreso, o bien, en el caso del Senado, un grupo parlamentario o veinticinco senadores.

Tomando como punto de referencia la experiencia de las naciones europeas estudiadas previamente, debemos tener cuidado en no llegar al extremo francés y otorgar el derecho de acción al presidente del Senado *per se*, así como en el caso español, de tomar como parámetros de legitimación a los grupos parlamentarios, pues según la normatividad interna de nuestro Congreso, un grupo parlamentario se conforma en realidad con un escaso número de legisladores, situaciones que resultan justificadas en naciones europeas, pero que en México serían bastante delicadas, pues la prudencia política de nuestros gobernantes no es precisamente algo que les caracterice.

El caso alemán nos parece, sin embargo, el más adecuado, tomando además en consideración que el porcentaje que en nuestro país existe para la activación de las acciones de inconstitucionalidad es muy similar, así pues, en Alemania se requiere una tercera parte del Bundestag y en México el 33% de los miembros del órgano legislativo correspondiente, éste porcentaje, de aceptarse en el control previo, no variaría en nada la costumbre que hasta el momento se ha configurado en nuestro país, respetaría la idiosincrasia jurídico-política nacional imperante, y por tanto, al no ser un porcentaje excesivo, daría oportunidad a las minorías parlamentarias de tener acceso a solicitar el control previo, máxime que éste –el control previo- no es un mecanismo que por su naturaleza esté destinado a tutelar los derechos de las minorías parlamentarias, además, de que para solicitar el control previo de constitucionalidad de un tratado internacional, si bien la simple duda sería el móvil del mismo, debe existir un consenso más o menos

nutrido en el sentido de que dicho tratado, en efecto, pueda adolecer de irregularidades constitucionales y asimismo, evitar abusos en su ejercicio.*

En suma, proponemos que el treinta y tres por ciento de la Cámara de Senadores sea el que tenga el derecho de solicitar el control previo de la constitucionalidad de un tratado internacional.

En el caso de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, si bien la figura de su Presidente –el ombudsman- tiene una importancia incuestionable, no debemos olvidar, que en su composición aparece también un Consejo Consultivo integrado por diez Consejeros, los cuales según el artículo 102, apartado B de la Constitución, serán elegidos al igual que el Presidente de la Comisión, o sea, por las dos terceras partes de los miembros presentes en la Cámara de Senadores, o en los recesos de ésta, por la Comisión Permanente, además, la principal atribución del Consejo Consultivo, según nos comenta el maestro Fix-Zamudio es asesorar al Presidente de la CNDH y fijar los lineamientos generales a los que se sujetará la Comisión en el desarrollo de su vida institucional²⁷.

Así las cosas, debe ser otorgada la prerrogativa de solicitar el control previo a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos por conducto de su Presidente, previa determinación de su Consejo Consultivo, por la votación que para tal efecto se fije en su normatividad interna, cuando se tenga duda sobre si una o más cláusulas de un tratado internacional puedan ser violatorias de los derechos humanos reconocidos por el sistema jurídico nacional.

Considero que la Constitución no debe fijar el porcentaje de la votación que el Consejo Consultivo emita autorizando al Presidente de la CNDH para solicitar el control previo, pues de modo contrario, se estaría afectando la autonomía de éste órgano autónomo constitucional.

* De proponer un porcentaje más reducido, inevitablemente se tendrían que revisar los porcentajes que para el ejercicio de las acciones de inconstitucionalidad se requieren, además, el control previo no es un instrumento de tutela de constitucionalidad para las minorías parlamentarias, por otra parte, debe haber un consenso relativamente amplio para evitar que el control previo se solicite con meros fines políticos o para retrasar la entrada en vigor de un tratado, desde un inicio constitucional, además, las experiencias que las acciones de inconstitucionalidad nos han dejado, demuestran que los grupos legislativos minoritarios no han visto mermado su derecho con el porcentaje del 33% vigente en la actualidad.

²⁷ FIX-ZAMUDIO, Héctor, ESTUDIO DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO, *Op. Cit.*, Pág. 333.

4.1.2 ORGANISMO COMPETENTE PARA CONOCER DEL CONTROL PREVIO.

En épocas actuales mucho se ha discutido sobre si la Corte Suprema de nuestro país, es un auténtico Tribunal Constitucional, las opiniones al respecto son variadas, pero hasta el momento no hay un consenso al respecto.

Si nos proyectamos por un momento a los países de Europa que hemos analizado, podemos observar que la facultad de revisar la constitucionalidad de un compromiso internacional de manera *a priori*, se deposita en un Tribunal Constitucional, en Alemania a su Tribunal Constitucional Federal, en Francia al Consejo Constitucional (que si bien no es un Tribunal Constitucional, formalmente, realiza funciones materiales propias de uno de éstos órganos) y en España al Tribunal Constitucional Español, en ésta tesitura, debemos señalar que no es éste el momento para dilucidar la naturaleza de nuestra Suprema Corte, pues tratar de dar una respuesta a éste planteamiento, rebasaría por mucho los alcances del presente capítulo, siendo inclusive objeto de un trabajo de titulación autónomo.

A pesar de lo anterior, en la actualidad es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el órgano supremo de nuestro sistema judicial, intérprete, si no único, máximo de la Ley Fundamental, por tanto, la competencia para conocer del control previo de la Constitucionalidad de los tratados internacionales debe ser depositada en la Corte, desde luego, funcionando en pleno.

Sería bastante fácil otorgar ésta facultad a la Suprema Corte, sin dar mayores justificaciones que las que hemos señalado, pero no hay duda de que si lo que se pretende hacer es dar la competencia al órgano judicial que más se acerque a la naturaleza de un Tribunal Constitucional a la usanza europea, debe ser la Suprema Corte la depositaria de tan importante atribución, a pesar de lo anterior, existen otras posibilidades, como puede ser el otorgar ésta facultad a un órgano político, como puede ser la propia Cámara de Senadores, máximo, por ser ésta un órgano que participa de modo directo y determinante en el proceso de elaboración de un tratado internacional, pero ésta posibilidad en lo personal se me hace poco viable e incluso retrograda y peligrosa, que podría convertir al control previo en un *mero trámite* dentro del proceso constitutivo de un tratado

internacional, y dejar de lado la relevancia jurídica que en sí mismo representa como medio de control de la constitucionalidad.

Si optásemos por dejar el control previo en manos de la Cámara de Senadores, surgen una serie de preguntas que a continuación planteamos:

1. En principio, ¿estaríamos monopolizando el ejercicio de éste medio de control al dejarlo sólo en manos de éste cuerpo legislativo?;
2. Dentro de la Cámara de Senadores ¿quien llevaría a cabo el control previo?, yo al menos no confiaría mucho en el examen de constitucionalidad que *a priori* hiciera un órgano colegiado compuesto sí, por abogados y juristas, pero también por líderes sindicales, empresariales y campesinos, actores, boxeadores, ex-porros, líderes sociales, etcétera.
3. En el caso de que se creara una comisión especial y especializada dentro del Senado, ¿que tipo de personas integrarían ésta comisión?, ¿se tendría que acudir a cuerpos consultores externos, como académicos, investigadores, institutos, etcétera?.
4. ¿Que valor y fuerza tendría una determinación de inconstitucionalidad de un tratado tomada por la Comisión respectiva?, sin duda, independientemente de la declaración de inconstitucionalidad, las fracciones parlamentarias podrían –si los “intereses nacionales” así lo exigen- *mayoritear* -permítaseme la expresión- tal resolución y dejar como un mero consejo la declaración emitida.
5. En caso de un *mayoriteo* legislativo en el Senado, ¿qué podrían hacer las minorías inconformes al respecto?. Definitivamente iniciar una acción de inconstitucionalidad no podrían, pues ésta es procedente contra normas generales que ya se han publicado* y las controversias constitucionales en éste caso no serían procedentes, pues las hipótesis previstas en la fracción I del artículo 105 de la Constitución son restrictivas, además, están diseñadas para la resolución de conflictos interórganos, no intraórganos.

* Tal vez en éste supuesto si habría lugar para la interposición de una acción de inconstitucionalidad en contra del tratado internacional aprobado en tales condiciones, invocando la irregularidad planteada como un vicio formal, pero es ello precisamente lo que se trata de evitar con el control previo, pues además de que se estaría recurriendo a un diverso medio de control, se haría nugatoria la finalidad del control previo, que es precisamente el evitar la entrada en vigor de tratados internacionales contrarios a la Constitución.

6. En el mismo panorama anterior ¿el Ejecutivo podría entablar una controversia constitucional en contra del Senado, por no respetar una declaratoria de inconstitucionalidad dictada por una Comisión del mismo, respecto de un tratado internacional que el propio Ejecutivo ha celebrado?
7. En el contexto previo ¿sobre que bases se apoyaría el Ejecutivo para hacerlo?, ¿sobre el dictamen emitido por la Comisión del Senado? Y aquí volvemos al mismo punto, ¿qué valor tendría esa declaratoria de inconstitucionalidad?.
8. ¿Se solicitaría a la Corte que verificara además de lo relativo a la controversia constitucional *per se*, si la declaración que del tratado se hizo por la Comisión del Senado es correcta, y en efecto, el tratado es inconstitucional?
9. ¿Sería en definitiva la Suprema Corte la que decidiera en última instancia sobre la constitucionalidad o no del tratado, y sólo después de ello ser obligatoria la declaración para los órganos estatales?

Sin duda preguntas interesantes y de difícil solución, que sin embargo, no tendrían cabida si se otorgase la facultad del control previo a la Suprema Corte de Justicia de la nación, pues sus fallos, como en el caso de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad serían generales –bajo determinadas condiciones que adelante estudiaremos-, y por tanto, obligatorias para todos los órganos constituidos, a la usanza de las Cortes Constitucionales europeas.

4.1.3 PROCEDIMIENTO PARA LLEVAR A CABO EL CONTROL PREVIO.

Hemos visto como en los países europeos estudiados con antelación, la sustanciación de éste medio preventivo de control de la constitucionalidad de los tratados internacionales, reviste en realidad pocas cuestiones técnicas, haciendo el proceso sumario y sin dificultad alguna. En Francia y en Alemania prácticamente no existen disposiciones especializadas que rijan la tramitación de

éste control de constitucionalidad, es en España en donde se encuentra una reglamentación más detalla de las etapas a seguir en el caso del control previo.

Para el caso mexicano, proponemos un procedimiento en verdad novedoso, respetuoso de la tradición mexicana en cuanto a las formalidades del procedimiento, y sobre todo adecuado a la dinámica en que nuestro entorno jurídico-político se encuentra inmerso.

Así las cosas y sin perjuicio de que el procedimiento que formulamos y proponemos lo haremos en forma de proyecto de ley, que será explicado en la parte final del presente trabajo, en éste apartado nos limitaremos a hacer un pronunciamiento genérico de las etapas y características que el control previo debe tener en cuanto a su forma de sustanciación.

Bajo la tesis anterior, debemos recordar que al ser los únicos órganos legitimados para solicitar el control previo, el Presidente de la República, la Cámara de Senadores y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, cuando el Ejecutivo Federal celebre un Tratado Internacional y lo remita al Senado para su aprobación, el Ejecutivo deberá mandar también el texto íntegro del Tratado Internacional a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para que éste órgano pueda ejercer oportunamente la facultad de solicitar el control previo a la Suprema Corte.

Es importante señalar que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá solicitar el control previo a la Corte, únicamente cuando el tratado internacional pueda ser atentatorio de los derechos humanos reconocidos por el sistema jurídico mexicano y la acción que ésta tiene para hacerlo será de naturaleza independiente, pues al ser un órgano autónomo constitucional y no formar parte de la maquinaria del Estado, su participación en el proceso constitutivo de un tratado será de carácter excepcional, sólo cuando con la celebración del mismo se afecten los derechos fundamentales de las personas, de ahí que no es factible una participación conjunta de ésta –la Comisión- con el Ejecutivo y el Senado, mismos que, dadas sus funciones, están en permanente y estrecha comunicación cuando de la celebración de un tratado internacional se trata.

Sea quien sea el órgano que solicite a la Suprema Corte el estudio previo de la constitucionalidad de un tratado internacional, la Corte deberá dar la oportunidad a los órganos restantes para que manifiesten lo que consideren pertinente sobre la solicitud planteada, pero, cuando sea el Ejecutivo de la Unión o la Cámara de Senadores, los que requieran a la Corte el control previo de un tratado internacional, ésta sólo dará intervención a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para que se pronuncie al respecto, cuando en la solicitud correspondiente se plantee la inconstitucionalidad del tratado por violar derechos humanos.

Desde luego, los términos en que tales pronunciamientos deberán hacerse, así como aquellos en los que la Corte tendrá que emitir su declaración definitiva, deberán ser breves para lograr una agilización en la solución de tan importante cuestionamiento.

Debemos señalar que en el procedimiento correspondiente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación contará en todo momento con la facultad para solicitar a cualquiera de las partes o a otros órganos o personas cuya colaboración considere pertinente para emitir una declaración adecuada, informes, ampliaciones, aclaraciones o consultas, dándoles un plazo prudente para ello, el cual podrá ampliarse si las circunstancias lo ameritan.

La declaración que la Corte emita podrá ser en los siguientes sentidos: a) declarando la constitucionalidad del tratado internacional; b) declarando la inconstitucionalidad del tratado internacional, o bien, c) declarando la conformidad del tratado internacional, si se entiende éste a la luz de una determinada interpretación.

Como ocurre en el caso de España, consideramos adecuado darle la facultad a la Corte para fundamentar la declaratoria de inconstitucionalidad de una o más cláusulas de un tratado internacional, en cualquier precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, haya o no haya sido invocado por las partes legitimadas, así como para declarar la inconstitucionalidad de una o más cláusulas de un compromiso internacional, aún cuando no haya sido propuesto el estudio de éstas por las partes.

Finalmente, la declaración que emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deberá ser notificada a los órganos interesados con la mayor prontitud posible, para lograr así, la finalidad de celeridad del procedimiento correspondiente.

4.1.4 EFECTOS DE LA SENTENCIA.

El tratado internacional declarado inconstitucional, no podrá ser aprobado por el Senado, ni por consiguiente ratificado por el Ejecutivo, en consecuencia, dicho instrumento no podrá formar parte del ordenamiento jurídico mexicano.

Hemos visto que los textos constitucionales de los países europeos que examinamos con antelación, establecen como solución única al problema de la inconstitucionalidad de un tratado internacional, la previa revisión de la Constitución, en el caso mexicano optamos por establecer una serie de posibles soluciones a éste problema, siendo tales, en un orden de prelación, las siguientes:

1. Renunciar a la celebración del tratado internacional;
2. Renegociar el tratado internacional;
3. Realizar reservas al tratado internacional;
4. Realizar declaraciones interpretativas del tratado internacional, y
5. Reformar la Constitución.

Veamos en que consiste cada una de ellas y cual sería su operatividad en el contexto que proponemos.

1. Renunciar a la celebración del tratado internacional.

Este supuesto es bastante claro, consiste solo en que cuando se declare que un tratado contiene cláusulas contrarias, ya formal o materialmente a la Constitución, se renuncie a su celebración, cesen las actuaciones del Estado Mexicano para la realización de dicho convenio internacional, claro, si ésta convención internacional es de importancia y trascendencia para nuestro país, los intentos por incorporarlo a nuestra normatividad interna no deben concluir, por el contrario, deben externarse actos tendientes a la incorporación nacional del mismo, por ello surge la siguiente posibilidad.

2. Renegociar el tratado internacional. La renegociación de un compromiso binacional o multinacional, según sea el caso, sería un esfuerzo del Estado Mexicano para conseguir la conclusión del mismo, y desde luego, al ser en principio inconstitucional, volver a negociar las cláusulas que conculcan al texto fundamental, claro está que en éste caso se tendría que lograr la colaboración del otro u otros Estados negociadores, ya no sería un acto unilateral, sino consensual, mediante el cual se lograría virar el contenido de las disposiciones internacionales para hacerlas acordes con la Constitución.

La colaboración del otro u otros Estados tendría efectos benéficos para todos, pues por un lado, México evitaría una serie de conflictos que un tratado internacional inconstitucional vigente trae aparejados, y desde luego, se daría seguridad jurídica a los demás países, en el sentido de que nuestra nación no invocaría dichas disposiciones en un futuro como causales para el incumplimiento o en el mejor de los casos denuncia de dicho pacto.

3. Reservas.²⁸

Una de las soluciones que planteamos, en caso de que un tratado internacional sea declarado incompatible con el texto constitucional antes de su aprobación, es formular reservas sobre el mismo. La Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados destina un rubro especial para el tratamiento de éstos mecanismos, antes de entrar al estudio del régimen de las reservas, consideramos pertinente hacer unas breves consideraciones generales al respecto.

Las principal finalidad de las reservas, consiste en que un Estado las formula para excluir los efectos y la aplicación de determinadas cláusulas de un tratado, para así, no quedar obligado por las mismas.

Pedro Pablo Camargo explica la existencia de algunos criterios que existen y se toman en cuenta al formular reservas, entre ellos, el “postulado de la integridad del tratado” y la “Cláusula Panamericana sobre reservas a los tratados”, la primera de ellas sostenida principalmente por la Comisión de Derecho Internacional de las

²⁸ Cfr. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, RESERVAS FORMULADAS POR MÉXICO A INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS, editorial Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1996, para conocer el texto de algunas reservas y declaraciones interpretativas formuladas por el Estado Mexicano a algunos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Naciones Unidas, consiste, según el autor citado, en que “...las reservas a los tratados son aceptables siempre y cuando que, por una parte, ellas sean “compatibles con el objeto y el fin del tratado”, y que, por la otra, sean aceptadas por el conjunto de los Estados partes. En caso de objeción, se excluye al Estado que formula la reserva. En otras palabras, la practica internacional se pronuncia en favor de la integridad del tratado sin reservas, a menos que todas las partes expresen su aceptación de cada reserva.”²⁹

Por otra parte, la “cláusula panamericana”, que según nos comenta el mismo autor, ha generado un abuso en la práctica de formular reservas y por tanto, ha constituido una verdadera problemática en cuanto a la aplicación y vigencia de los tratados, consiste en que “una objeción hecha a alguna reserva no tiene más efecto que el de suprimir la aplicación del tratado entre el que formula la reserva y el que hace la objeción a dicha reserva. Es decir, se admite el derecho de hacer reservas sin la aprobación de los demás Estados. Si los otros Estados partes no se oponen, la reserva es válida.”³⁰

Ahora bien, la Convención de Viena establece una serie de reglas en tratándose de las reservas en los artículos 19 a 23, estos artículos tratan de lo siguiente:

1. Formulación de reservas (artículo 19);
2. Aceptación de las reservas y objeción a las mismas (artículo 20);
3. Efectos jurídicos de las reservas y efectos jurídicos de las objeciones a éstas (artículo 21);
4. Retiro de las reservas y retiro de las objeciones (artículo 22), y
5. Procedimiento relativo a las reservas (artículo 23).

En seguida hablaremos de manera lacónica sobre cada uno de éstos rubros, alterando la enunciación previa para efectos de un mayor entendimiento, pero antes debemos plantearnos la siguiente cuestión ¿qué es una reserva?. Para dar respuesta a ésta interrogante, recurramos a la conceptualización que al respecto hace la propia Convención.

²⁹ CAMARGO, Pedro Pablo, *Op. Cit.*, Pág. 459.

³⁰ *Idem.*

En el artículo dos de la Convención relativo a la definición de los “términos empleados” en la misma, se establece en su inciso d): “Se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a el, con objeto de excluir o modificar, los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado;”

Dos son los elementos que destacan, la reserva es una “declaración unilateral” que tiene por efecto “excluir o modificar” los efectos jurídicos de las cláusulas de un tratado en cuanto a su aplicación.

La Ley Sobre la Celebración de Tratados, en su artículo 2, fracción VII establece que por reserva se entenderá: 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.

Una vez definidas las reservas, pasemos a la narrativa de su operatividad.

a. Reservas.

1. Formulación de reservas. Un Estado puede formular reservas, al firmar, ratificar, aceptar, aprobar o bien, al adherirse a un compromiso internacional, salvo cuando se de cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Que la reserva esté prohibida por el tratado;
- b) Cuando el tratado establezca que sólo se pueden hacer determinadas reservas y la que se formula no figura entre las permitidas, y
- c) Que la reserva hecha por un Estado, sea incompatible con el objeto o fin del tratado mismo.

Todas las reservas deberán formularse por escrito y se deberán comunicar a todos los Estados Contratantes y demás Estados que puedan llegar a ser partes del mismo, para efectos de que la acepten o en su caso la objeten.

2. Aceptación de las reservas. La Convención establece que una reserva expresamente permitida por el tratado, no necesitará la aceptación de los demás Estados, salvo que el propio instrumento así lo disponga.

Es interesante mencionar que la Convención de Viena contempla tanto el “postulado de la integridad del tratado” como la “Cláusula Panamericana sobre reservas a los tratados”, pues en el artículo 20.2 establece que “Cuando del número reducido de Estados negociadores y del objeto y 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.”, (postulado de la integridad del tratado), en cambio, en el mismo artículo 20, pero en su numeral 4, se establece la vigencia de la “cláusula panamericana”, al decir éste precepto: “En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos 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;”.

Un tercer punto que hay que mencionar, es el relativo a que si el tratado internacional que se celebra es constitutivo de una organización internacional, salvo que se disponga otra cosa, la reserva deberá ser aprobada por el órgano competente de esa organización constituida. (Artículo 20.3).

3. Efectos jurídicos de las reservas. Una reserva será efectiva, si no se opone al fin o al objeto del tratado, si no está prohibida por el mismo y si se contempla dentro de las permitidas por el convenio internacional, y por tanto, surtirá los siguientes efectos:

- a) Modificará con respecto al Estado autor de la o las reservas, en sus relaciones con la o las otras partes, en lo relativo a las disposiciones del tratado a que se refieran las reservas en los términos fijados por ella misma, y

b) Modificará en la misma medida, las relaciones de la otra parte en relación con el autor de las reservas, en la aplicación de las disposiciones del tratado sobre cuyas reservas se hacen.

c) Una reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo relativo a las relaciones de las otras partes entre si.

4. Retiro de las reservas. Una reserva podrá retirarse en cualquier momento sin ser necesario el consentimiento del Estado o Estados que la hayan aceptado, y surtirá efectos cuando el o los otros Estados hayan sido notificados del retiro de la reserva, a menos que se convenga otra cosa, el retiro de una reserva se deberá realizar por escrito.

b. Objeciones a las reservas.

1. Objeción a una reserva. En principio, la objeción a una reserva se deberá formular por escrito y se notificará a los demás Estados contratantes, o a los que puedan llegar a serlo. Cabe señalar que 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

Se entiende que una reserva ha sido aceptada por un Estado, cuando éste no realiza la objeción al respecto dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la misma, o cuando haya manifestado su consentimiento en obligarse al tratado, si ésta es ulterior.

2. Efectos jurídicos de las objeciones a las reservas. El principal efecto que trae aparejado el hecho de que un Estado realice alguna objeción a una reserva, es que si éste Estado que objeta no se opone a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado que la formula, el tratado entrará en vigor, pero las disposiciones del tratado sobre las que se hayan realizado las reservas, no se aplicarán entre estos.

3. Retiro de las objeciones a las reservas. La objeción a una reserva podrá ser retirada en cualquier momento, a menos que en el tratado se disponga otra cosa, éste retiro sólo surtirá efectos desde el momento en el que el autor de la

reserva haya recibido la notificación, además, como ya se ha señalado, dicho retiro se deberá hacer por escrito.

4. Declaración interpretativa.

A raíz de la reforma a los artículos 76, fracción I y 89, fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el doce de febrero del año dos mil siete, se facultó al Presidente de la República para formular declaraciones interpretativas sobre los tratados internacionales y al Senado para la aprobación de las mismas.

En éste tenor, tales dispositivos constitucionales quedaron de la siguiente manera:

“Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:

I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario de Despacho rindan al Congreso.

Además, aprobar los tratados internacionales y las convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos.

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

X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado...”

Podemos observar, que la facultad de formular esas declaraciones interpretativas es una atribución exclusiva del Ejecutivo de la Unión, en tanto que el Senado sólo se constriñe a la aprobación de éstas.

En ésta tesitura, debemos señalar qué se debe entender por una *declaración interpretativa*, aún cuando la doctrina es escasa al respecto, y más todavía en nuestro sistema mexicano, en el cual la incursión a nivel constitucional de ésta figura data del año próximo pasado, podemos encontrar algunos esbozos generales de qué son y para que fines se realizan éstas declaraciones.

Una declaración interpretativa tiene como propósito determinar la forma en que una cláusula de un tratado internacional debe ser aplicada, o bien, dar un determinado sentido a la misma, aclarando de éste modo los aspecto dubitativos que pueda contener.

Algunos tratadistas consideran que en el término “reserva” se incluye también el de “declaración interpretativa”, en virtud de que el citado artículo 2 de la convención de Viena establece que: se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, a pesar de ello, nosotros estimamos que si bien es cierta la afirmación antes señalada existen elementos que permiten hacer una diferenciación entre éstas dos figuras.

En efecto, mediante un reserva, como ya lo hemos señalado, se tiene como finalidad excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación, en tanto, que a través de las declaraciones interpretativas no se busca la exclusión de los efectos o de la aplicación de las cláusulas del tratado para así no quedar obligados por las mismas, por el contrario, se persigue la aplicación de éstas, pero aclarando el sentido en que tales cláusulas debe ser entendidas o aplicadas, para estar en consonancia con el orden jurídico interno.

Un ejemplo que embona de manera perfecta y que demuestra fielmente las divergencias existentes entre las reservas y las declaraciones interpretativas, lo podemos ubicar en las declaraciones unilaterales formuladas por nuestro país al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues al adherirse a ese Pacto, México realizó dos reservas, una al artículo 13 y otra al 25, inciso b), y dos declaraciones interpretativas, una al artículo 9, párrafo 5, y otra al artículo 18.³¹

Los textos de los preceptos son los siguientes:

Artículo 9.5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Artículo 13. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

³¹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, RESERVAS FORMULADAS POR MÉXICO A INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS, editorial Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1996, Págs. 61 y 62.

Artículo 18.1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones previstas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo 25. b) Votar y ser elegido en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

Textos de las reservas:

Artículo 13. El Gobierno de México hace reserva de éste artículo. Visto el texto actual del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 25. b) El Gobierno de México hace igualmente reserva de ésta disposición en virtud de que el artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que los ministros de culto no tendrán voto activo ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos.

Textos de las declaraciones interpretativas:

Artículo 9.5. De acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus leyes reglamentarias, todo individuo goza de las garantías que en materia penal se consagran, y en consecuencia, ninguna persona podrá ser ilegalmente detenida o presa; sin embargo, si por falsedad en la denuncia o querrela, cualquier individuo sufre un menoscabo de éste derecho esencial, tiene, entre otras cosas, según lo disponen las propias leyes, la facultad de obtener una reparación efectiva y justa.

Artículo 18. De acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos todo hombre es libre de profesar la creencia religiosa que

más le agrade y para practicar la ceremonias, devociones o actos de culto respectivo, con la limitación, respecto de los actos religiosos de culto público, de que deberán celebrarse precisamente en los templos y, respecto de la enseñanza, de que no se reconoce validez oficial a los estudios hechos en los establecimientos destinados a la enseñanza profesional de los ministros de los cultos. El Gobierno de México considera que estas limitaciones están comprendidas dentro de las que establece el párrafo 3 de este artículo.

Podemos señalar los siguientes ejemplos de declaraciones interpretativas que el Estado mexicano ha formulado sobre ciertos compromisos internacionales, y así comprender mejor las finalidades que se persiguen con su planteamiento.

Aunque parezca sorprendente la Convención Americana sobre Derechos Humanos dio pauta a una de las primeras declaraciones interpretativas que México haya realizado, en efecto, como es sabido a raíz de ésta convención internacional se dio existencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo fundamento se consagra en el artículo 33 de la Convención y lo relativo a su integración, funcionamiento, competencias, etcétera, en los numerales 52 a 69 del también llamado "Pacto de San José".

Al reconocer México la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, formuló una declaración interpretativa sobre el artículo 4 párrafo primero de la Convención, misma declaración que subsistió, pero que fue retirada parcialmente el 9 de abril de 2002, el citado artículo que dice:

"Artículo 4. Derecho a la Vida.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."

Por su parte, la declaración de mérito quedó en los siguientes términos:

"Declaraciones interpretativas y reserva hechas al ratificar la Convención.

Declaración interpretativa.

Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4 considera que la expresión "en general" usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida "a partir del momento de la concepción", ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados."

Un caso más se dio con motivo de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en virtud de que se acepta la imprescriptibilidad del delito de genocidio, condicionando su aplicación a que se haya cometido éste ilícito con posterioridad a la entrada en vigor de dicho instrumento internacional en nuestro país, es decir, en éste caso la declaración versó sobre la prohibición de los efectos retroactivos de la Convención, pues los crímenes de guerra y los crímenes de lesa Humanidad imprescriptibles, sólo iban a ser aquellos que se cometieran con posterioridad a la iniciación de la vigencia de ese tratado internacional.

Uno de los casos mas recientes en los que México ha formulado declaraciones interpretativas sobre alguna cláusula de un compromiso internacional, se dio mediante decreto de 17 de octubre de 2007, que recayó sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo aprobados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el decreto respectivo es del tenor literal siguiente:

“DECRETO por el que se aprueban la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo aprobados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas publicado el 24 de octubre de 2007 en el DOF. DECRETO por el que se aprueban la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo aprobados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el trece de diciembre de dos mil seis, así como la Declaración Interpretativa a Favor de las Personas con Discapacidad.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Presidencia de la República.

FELIPE DE JESÚS CALDERÓN HINOJOSA, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión, se ha servido dirigirme el siguiente: DECRETO:

"LA CÁMARA DE SENADORES DEL HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN, EN EJERCICIO DE LA FACULTAD QUE LE CONFIERE EL ARTÍCULO 76 FRACCIÓN I DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, D E C R E T A:

Artículo Único.- Se aprueban la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU PROTOCOLO FACULTATIVO aprobados por la Asamblea General de

la Organización de las Naciones Unidas el trece de diciembre de dos mil seis, así como la Declaración Interpretativa a Favor de las Personas con Discapacidad.

"DECLARACIÓN INTERPRETATIVA A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Los Estados Unidos Mexicanos formulan la siguiente declaración interpretativa, al ratificar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 1o, establece que: '(...) Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Al ratificar esta Convención los Estados Unidos Mexicanos refrendan su compromiso a favor de la promoción y protección de los derechos de los mexicanos que sufran alguna discapacidad, tanto aquellos que se encuentren en territorio nacional como en el extranjero.

El Estado Mexicano reitera su firme compromiso de generar condiciones que permitan a toda persona, a desarrollarse de modo integral, así como ejercer sus derechos y libertades plenamente y sin discriminación.

Consecuentemente, con la absoluta determinación de proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, los Estados Unidos Mexicanos interpretan el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención, en el sentido de que en caso de conflicto entre dicho párrafo y la legislación nacional habrá de aplicarse -en estricto apego al principio pro homine- la norma que confiera mayor protección legal, salvaguarde la dignidad y asegure la integridad física, psicológica, emocional y patrimonial de las personas."

México, D.F., a 27 de septiembre de 2007.- Sen. Santiago Creel Miranda, Presidente.- Sen. Renán Cleominio Zoreda Novelo, Secretario.- Rúbricas."

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la Residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a diecisiete de octubre de dos mil siete.- Felipe de Jesús Calderón Hinojosa.- Rúbrica.- El Secretario de Gobernación, Francisco Javier Ramírez Acuña.- Rúbrica."

Observemos claramente como en los tres casos anteriores, no se excluye la aplicación de las cláusulas materia de la interpretación, lo cual sería un efecto propio de las reservas, sólo se hace una precisión en cuanto al sentido, efectos o alcances de la aplicación de las mismas, lo cual es propio de las declaraciones interpretativas.

La declaración interpretativa se haría en el sentido de que una cláusula de un tratado internacional es constitucional a la luz de una determinada interpretación, dando certeza tanto a los gobernados en un ámbito interno, como al otro u otros Estados contratantes, en el sentido que de en virtud de la declaración interpretativa no se va a invocar en un futuro como inconstitucional determinada cláusula, pues se ha interpretado la misma en el sentido de hacerla compatible con la ley fundamental.

Lo novedoso que estamos proponiendo radica en que va a seguir siendo una atribución exclusiva del Ejecutivo de la Unión realizar declaraciones interpretativas a los tratados y el Senado va a seguir teniendo el monopolio de su aprobación, a pesar de ello, cuando se someta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la determinación *ex ante* de la constitucionalidad de un tratado, ésta va a poder hacer uso de la interpretación conforme, para declarar la constitucionalidad de un compromiso internacional si sus cláusulas se entienden a la luz de una determinada interpretación.

Claro está, que no sólo bastaría eso para superar la inconstitucionalidad de un tratado, pues la interpretación conforme que la Corte haga sobre el mismo, no tendría efectos vinculantes para los otros Estados, pues en el más óptimo de los panoramas, sería vinculante sólo para los órganos estatales, en caso contrario, o sea, si se pensare que la interpretación de nuestra Corte Suprema sería suficiente *per se* para salvar la inconstitucionalidad de un tratado y se aprobare el mismo por el Senado, amparado por ésta declaración judicial interpretativa para su ulterior ratificación del Ejecutivo, el tratado sería vigente y obligatorio, pero los otros Estados en nada tuvieron participación sobre los efectos que se les han dado a las cláusulas que ellos mismos negociaron, adoptaron, autentificaron y sobre todo a las que se han obligado.

Por lo anterior, proponemos que la interpretación conforme que haga la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre las cláusulas de un tratado internacional, pueda ser a su vez, propuesta por el Ejecutivo de la Unión, previa aprobación que el Senado haga al respecto, al otro u otros Estados negociadores

como una declaración interpretativa, además del más alto carácter técnico, pues provendría del máximo interprete de la Constitución, que es la Suprema Corte.

5. Reforma Constitucional.

Sobre la última posibilidad, es decir, reformar la Constitución para que así el compromiso internacional pueda ser parte de nuestro sistema jurídico, debemos manifestar que la ubicación de ésta posible solución en la parte final del listado previo, obedece a que también debe ser la última posibilidad contemplada por nuestros órganos legitimados para la creación de un tratado, pues lo que se persigue en última instancia, es la consagración del principio de la supremacía constitucional.

Aún cuando el supuesto aquí planteado, es decir, el relativo a la previa revisión de la Constitución, pueda dar a entender que es la Ley Fundamental la que sucumbe ante el tratado internacional, en realidad acontece lo contrario, claro, si nos adherimos a los razonamientos vertidos por Torres del Moral, quien al respecto señala: “De un lado, la celebración de tratados que contengan estipulaciones contrarias a la Constitución exige la previa revisión de ésta, según dispone el artículo 95.1. Si la dicción literal del precepto parece dar a entender que es la Constitución la que se doblega ante el tratado, en realidad ocurre lo contrario: mientras la Constitución no sea reformada, dicho tratado no puede ser celebrado. Y si inadvertidamente lo fuere, puede ser declarado inconstitucional y expulsado de nuestro ordenamiento. Ahora bien, como el Tribunal Constitucional no tiene, ni puede tener, jurisdicción internacional, el tratado sigue siendo válido en este ámbito y el Estado español habría de hacer frente a la responsabilidad internacional por su incumplimiento.”³²

En éste sentido, no debemos entender que inmediatamente de que se declare la inconstitucionalidad a priori de un tratado, se proceda a la reforma de la Constitución, pues en éste caso lo que se buscaría no sería la adecuación del tratado a la Constitución, sino de la Constitución al tratado, situación que en casos excepcionales podría acontecer, pero repito, sólo en casos excepcionales, lo que debe ocurrir en estos casos, es que se debe dejar en suspenso la aprobación de

³² TORRES DEL MORAL, Antonio, *Op. Cit.*, Pág. 234.

un tratado internacional, hasta que la dinámica social existente en el país, origine de modo natural y no forzado, los cambios constitucionales que hagan compatible el tratado que en otrora no pudo incorporarse al sistema mexicano, sólo de ésta manera se lograría cumplimentar el principio de la supremacía constitucional.

4.2 PROPUESTA DE REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.

A. REFORMAS CONSTITUCIONALES.

Según el sistema que intentamos implementar, son cuatro artículos los que en esencia se necesitarían reformar para formalizar en nuestro país el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, éstos son:

1. Artículo 76, fracción I;
2. Artículo 89, fracción X;
3. Artículo 102, apartado B, y
4. Artículo 105.

Los textos actuales de los numerales cimeros señalados, son los siguientes:

“ARTICULO 76. Son facultades exclusivas del senado:

I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario de Despacho correspondiente rindan al Congreso.

Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas de los mismos.”

En ésta fracción I del artículo 76 encontramos la facultad de la Cámara de Senadores para aprobar los tratados internacionales que celebre el Ejecutivo de la Unión, por tanto, es en estos mismos fracción y precepto constitucionales, en donde se debe consagrar la facultad de la Cámara Alta para instar el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, la reforma dejaría el texto constitucional de la siguiente manera:

“ARTICULO 76...I...La Cámara de Senadores por el voto del treinta y tres por ciento de sus miembros presentes, podrá solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación el estudio previo de la constitucionalidad de un tratado internacional, cuyo texto estuviere definitivamente fijado pero respecto del cual aún no se hubiere prestado el consentimiento, cuando hubieren dudas sobre su constitucionalidad formal o material.”

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

I a IX. ...

X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.”

Como acontece en el caso del Senado, en la fracción décima de éste artículo 89 constitucional se consagra la facultad del Presidente de la República, para dirigir la política exterior mexicana, como una nueva atribución en materia exterior, como lo sería el solicitar el control previo de constitucionalidad de los compromisos internacionales, el artículo en comento resulta ser el idóneo para atribuir al Ejecutivo Federal tal capacidad, el texto que proponemos sería el siguiente:

“ARTICULO 89...X...El Presidente de la República podrá solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el estudio previo de la constitucionalidad de un tratado internacional, cuyo texto estuviere definitivamente fijado pero respecto del cual aún no se hubiere prestado el consentimiento, cuando hubieren dudas sobre su constitucionalidad formal o material.”

“ARTICULO 102. A...

B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y quejas antes las autoridades respectivas. Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por diez consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán substituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo periodo.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del Consejo Consultivo, será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco años, podrá ser reelecto por una sola vez y sólo podrá ser removido de sus funciones en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentará anualmente a los Poderes de la Unión un informe de actividades. Al efecto comparecerá ante las Cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.”

Al estar el fundamento constitucional de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en éste precepto, señalándose además, su composición y sus atribuciones en el mismo, considero que no existe duda de que en éste mismo numeral se debe incluir el derecho de la CNDH, para solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación el examen *a priori* de la constitucionalidad de un tratado internacional, condicionando su ejercicio, al hecho de que la convención internacional pudiera violentar los derechos humanos reconocidos por el sistema jurídico mexicano, el texto quedaría como sigue:

“ARTICULO 102. A...

B...La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, además de las facultades señaladas en los párrafos anteriores, podrá solicitar, por conducto de su Presidente y previo acuerdo del Consejo Consultivo que así lo determine, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que lleve a cabo el estudio previo de la constitucionalidad de un tratado internacional, cuyo texto estuviere definitivamente fijado pero respecto del cual aún no se hubiere prestado el consentimiento, cuando una ó más cláusulas del mismo pudieren ser violatorias de los derechos humanos reconocidos por el ordenamiento jurídico mexicano.”

“ARTICULO 105. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:*

I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:

a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;

b) La Federación y un Municipio;

c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;

d) Un Estado y otro;

e) Un Estado y el Distrito Federal;

f) El Distrito Federal y un Municipio;

g) Dos Municipios de diversos Estados;

h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

i) Un Estado y uno de sus Municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales

j) Un Estado y un Municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y

k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los Municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en controversia.

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara 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;

c) *El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;*

d) *El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de algunos de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano;*

e) *El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea; y*

f) *Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.*

g) *La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de Tratados Internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en ésta Constitución. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.*

La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en éste artículo.

Las leyes electorales federales y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos;

III. De oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Unitario de Circuito o del Procurador General de la República, podrá conocer de los recursos de apelación en contra de sentencias de Jueces de Distrito dictadas en aquellos procesos en que la Federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de éste artículo, no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia. En caso de incumplimiento de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de éste artículo se aplicarán, en lo conducente, los procedimientos establecidos en los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de ésta Constitución.”

Lo que se propone en el caso de éste artículo, es establecer la base constitucional del control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales en la fracción III, estableciendo ahí los lineamientos básicos y esenciales para la operatividad de éste medio de control, y enviar el criticable contenido de ésta actual fracción a una cuarta.

Lo anterior es, además, porque en éste precepto, es en donde encuentran cabida dos de los medios de control de constitucionalidad vigentes en nuestro sistema, la incursión del control previo en éste numeral, contribuiría a una sistematización constitucional evitando con ello, que materias de íntima conexión se encuentren disgregadas en el texto fundamental.

Aunado a lo anterior, si proponemos que sea la Corte Suprema de nuestro país la que se aboque al conocimiento de éste mecanismo procesal constitucional, el artículo cuya reforma se propone resulta el idóneo y quedaría como sigue:

“ARTICULO 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I...

II...

III Del control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales cuyo texto estuviere definitivamente fijado pero respecto del cual aún no se

hubiere prestado el consentimiento, cuando hubieren dudas sobre su constitucionalidad formal o material, dicho control podrá ser requerido por:

- a) El Poder Ejecutivo;
- b) El treinta y tres por ciento de la Cámara de Senadores, y
- c) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en los términos señalados en el artículo 102, apartado B de ésta Constitución.

Presentado el requerimiento a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y previo tramite descrito por la Ley, ésta contará con el plazo de treinta días para emitir la declaración correspondiente, la cual podrá ser en los siguientes sentidos:

1. Declarando la constitucionalidad del tratado internacional.
2. Declarando la inconstitucionalidad del tratado internacional.
3. Declarando la conformidad del tratado internacional con la Constitución, si se entiende éste a la luz de una determinada interpretación.

La declaración que emita el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el voto de por lo menos ocho Ministros, declarando la inconstitucionalidad de un tratado internacional, tendrá el valor de cosa juzgada y por tanto será obligatoria para todos los órganos estatales. De alcanzarse esa votación, el tratado internacional no podrá ser aprobado por el Senado.

CUADRO COMPARATIVO ENTRE EL TEXTO VIGENTE Y EL TEXTO REFORMADO DE LOS ARTÍCULOS 76, FRACCIÓN I, 89, FRACCIÓN X Y 102, APARTADO B CONSTITUCIONALES.

| TEXTO VIGENTE. | TEXTO REFORMADO. |
|--|--|
| <p>ARTICULO 76. Son facultades exclusivas del senado:</p> <p>I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el</p> | <p>ARTICULO 76. Son facultades exclusivas del senado:</p> <p>I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el</p> |

| | |
|--|--|
| <p>Presidente de la República y el Secretario de Despacho correspondiente rindan al Congreso.</p> <p>Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas de los mismos.</p> | <p>Presidente de la República y el Secretario de Despacho correspondiente rindan al Congreso.</p> <p>Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas de los mismos.</p> <p>La Cámara de Senadores por el voto del treinta y tres por ciento de sus miembros presentes, podrá solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación el estudio previo de la constitucionalidad de un tratado internacional, cuyo texto estuviere definitivamente fijado pero respecto del cual aún no se hubiere prestado el consentimiento, cuando hubieren dudas sobre su constitucionalidad formal o material.</p> |
| <p>ARTICULO 89. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:</p> <p>I a IX. ...</p> <p>X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y</p> | <p>ARTICULO 89. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:</p> <p>I a IX. ...</p> <p>X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y</p> |

| | |
|---|--|
| <p>formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.</p> | <p>formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.</p> <p>El Presidente de la República podrá solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el estudio previo de la constitucionalidad de un tratado internacional, cuyo texto estuviere definitivamente fijado pero respecto del cual aún no se hubiere prestado el consentimiento, cuando hubieren dudas sobre su constitucionalidad formal o material.</p> |
| <p>ARTICULO 102. A... B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos</p> | <p>ARTICULO 102. A... B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos</p> |

| | |
|---|--|
| <p>que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y quejas antes las autoridades respectivas. Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales. El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por diez consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los procedimientos a seguir para la</p> | <p>que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y quejas antes las autoridades respectivas. Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales. El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, además de las facultades señaladas en los párrafos anteriores, podrá solicitar, por conducto de su Presidente y previo acuerdo del Consejo Consultivo que así lo determine, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que lleve a cabo el estudio previo de la constitucionalidad de un tratado</p> |
|---|--|

| | |
|---|--|
| <p>presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán substituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo periodo.</p> <p>El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del Consejo Consultivo, será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco años, podrá ser reelecto por una sola vez y sólo podrá ser removido de sus funciones en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.</p> <p>El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentará anualmente a los Poderes de la Unión un informe de actividades. Al efecto comparecerá ante las Cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley.</p> <p>La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.</p> | <p>internacional, cuyo texto estuviere definitivamente fijado pero respecto del cual aún no se hubiere prestado el consentimiento, cuando una ó más cláusulas del mismo pudieren ser violatorias de los derechos humanos reconocidos por el ordenamiento jurídico mexicano.</p> <p>La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por diez consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán substituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo periodo.</p> <p>El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del Consejo Consultivo, será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco años, podrá ser reelecto por una sola vez y sólo podrá ser removido de</p> |
|---|--|

| | |
|--|--|
| | <p>sus funciones en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.</p> <p>El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentará anualmente a los Poderes de la Unión un informe de actividades. Al efecto comparecerá ante las Cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley.</p> <p>La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.</p> |
| <p>ARTICULO 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:</p> <p>I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal; b) La Federación y un Municipio; c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en | <p>ARTICULO 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:</p> <p>I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal; b) La Federación y un Municipio; c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en |

| | |
|---|---|
| <p>su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;</p> <p>d) Un Estado y otro;</p> <p>e) Un Estado y el Distrito Federal;</p> <p>f) El Distrito Federal y un Municipio;</p> <p>g) Dos Municipios de diversos Estados;</p> <p>h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;</p> <p>i) Un Estado y uno de sus Municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales</p> <p>j) Un Estado y un Municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;</p> <p>y</p> <p>k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.</p> <p>Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los Municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de</p> | <p>su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;</p> <p>d) Un Estado y otro;</p> <p>e) Un Estado y el Distrito Federal;</p> <p>f) El Distrito Federal y un Municipio;</p> <p>g) Dos Municipios de diversos Estados;</p> <p>h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;</p> <p>i) Un Estado y uno de sus Municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales</p> <p>j) Un Estado y un Municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;</p> <p>y</p> <p>k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.</p> <p>Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los Municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de</p> |
|---|---|

| | |
|---|---|
| <p>Justicia las declare invalidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.</p> <p>En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en controversia.</p> <p>II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.</p> <p>Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:</p> <p>a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;</p> <p>b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara 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;</p> | <p>Justicia las declare invalidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.</p> <p>En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en controversia.</p> <p>II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.</p> <p>Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:</p> <p>a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;</p> <p>b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara 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;</p> |
|---|---|

| | |
|--|--|
| <p>c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;</p> <p>d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de algunos de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano;</p> <p>e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea; y</p> <p>f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.</p> <p>g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de Tratados</p> | <p>c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;</p> <p>d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de algunos de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano;</p> <p>e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea; y</p> <p>f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.</p> <p>g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de Tratados</p> |
|--|--|

| | |
|---|--|
| <p>Internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en ésta Constitución. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.</p> <p>La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en éste artículo.</p> <p>Las leyes electorales federales y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.</p> <p>Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos;</p> <p>III. De oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Unitario de</p> | <p>Internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en ésta Constitución. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.</p> <p>La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en éste artículo.</p> <p>Las leyes electorales federales y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.</p> <p>Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos;</p> <p>III. Del control previo de la constitucionalidad de los tratados</p> |
|---|--|

| | |
|--|--|
| <p>Circuito o del Procurador General de la República, podrá conocer de los recursos de apelación en contra de sentencias de Jueces de Distrito dictadas en aquellos procesos en que la Federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo ameriten.</p> <p>La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de éste artículo, no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.</p> <p>En caso de incumplimiento de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de éste artículo se aplicarán, en lo conducente, los procedimientos establecidos en los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de ésta Constitución.</p> | <p>internacionales cuyo texto estuviere definitivamente fijado, pero respecto del cual aún no se hubiere prestado el consentimiento, cuando hubieren dudas sobre su constitucionalidad formal o material, dicho control podrá ser requerido por:</p> <p>a) El Poder Ejecutivo;</p> <p>b) El treinta y tres por ciento de la Cámara de Senadores, y</p> <p>c) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en los términos señalados en el artículo 102, apartado B de ésta Constitución.</p> <p>Presentado el requerimiento a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y previo tramite descrito por la Ley, ésta contará con el plazo de treinta días para emitir la declaración correspondiente, la cual podrá ser en los siguientes sentidos:</p> <p>1. Declarando la constitucionalidad del tratado internacional.</p> <p>2. Declarando la inconstitucionalidad del tratado internacional.</p> <p>3. Declarando la conformidad del tratado internacional con la Constitución, si se entiende éste a la luz de una determinada</p> |
|--|--|

| | |
|--|---|
| | <p>interpretación.</p> <p>La declaración que emita el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el voto de por lo menos ocho Ministros, declarando la inconstitucionalidad de un tratado internacional, tendrá el valor de cosa juzgada y por tanto será obligatoria para todos los órganos estatales. De alcanzarse esa votación, el tratado internacional no podrá ser aprobado por el Senado.</p> <p>IV. De oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Unitario de Circuito o del Procurador General de la República, podrá conocer de los recursos de apelación en contra de sentencias de Jueces de Distrito dictadas en aquellos procesos en que la Federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo ameriten.</p> <p>La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de éste artículo, no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.</p> <p>En caso de incumplimiento de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de éste artículo se</p> |
|--|---|

| | |
|--|---|
| | aplicarán, en lo conducente, los procedimientos establecidos en los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de ésta Constitución. |
|--|---|

B. REFORMAS LEGALES.

En el contexto anterior, y dadas las modificaciones constitucionales que proponemos, resulta evidente que son varios los textos secundarios los que tendrían que ser objeto de modificaciones, como pueden ser los que rigen la vida institucional interna de la Cámara de Senadores y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, a pesar de ello, el texto legal que tendía que ser sometido a una serie de reformas de mayor importancia, sería la “Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, incluso su nombre tendría que variar, para denominarse ahora “Ley Reglamentaria de las Fracciones I, II y III del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” o “Ley de Procesos Constitucionales.”

Con las modificaciones que se hicieran a ésta Ley, se desarrollarían las bases señaladas en la fracción III, del artículo 105 de la Constitución (reformado), o sea, se reglamentaría el proceso a seguir en el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales en todas sus etapas.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación tendría que modificarse también, para establecer que sea el Pleno de la Suprema Corte el que conociera de éste medio de control, esencialmente a su artículo 10, en su fracción I que dice: *“ARTICULO 10. La Suprema Corte de Justicia conocerá funcionando en Pleno: I. De las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad a que se refieren las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”*

El texto que proponemos sería el siguiente:

“ARTICULO 10. La Suprema Corte de Justicia conocerá funcionando en Pleno:

I. De los procesos constitucionales a que se refieren las fracciones I, II y III del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

La Ley Sobre la Celebración de Tratados tendría que ser adicionada para poder establecer en ella que el Presidente de la República remitirá a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos un ejemplar del tratado internacional, para efectos de que el citado órgano autónomo constitucional pueda ejercer su facultad de solicitar a la Corte el examen preventivo de la constitucionalidad de un tratado internacional cuando éste pueda ser violatorio de los derechos humanos reconocidos por el ordenamiento jurídico mexicano. El artículo que consideramos idóneo para ser reformado es el cuarto, pues es éste en el cual se contempla el acto por el cual el Presidente de la República turna al Senado el tratado internacional para efectos de su aprobación.

El artículo cuarto de la Ley Sobre la Celebración de Tratados establece: *“ARTICULO 4. Los tratados que se sometan al Senado para los efectos del artículo 76, fracción I de la Constitución Política, se turnarán a comisión en los términos de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos para la formulación del dictamen correspondiente. 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 texto que proponemos es el siguiente:

“ARTICULO 4. Los tratados que se sometan al Senado para los efectos del artículo 76, fracción I de la Constitución Política, se turnarán a comisión en los términos de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos para la formulación del dictamen correspondiente. En su oportunidad la resolución del Senado se comunicará al Presidente de la República.

El Presidente de la República en todo caso, deberá enviar a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos un ejemplar del texto del tratado internacional en el mismo acto en que lo envíe al Senado, para los efectos

precisados en el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Los tratados, para ser obligatorios en el territorio nacional deberán haber sido publicados previamente en el Diario Oficial de la Federación.”

Por otro lado, las modificaciones que proponemos a la actual Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, serían las siguientes:

En esencia, adicionar la ley con un Título Cuarto, denominado “Del Control Previo de la Constitucionalidad de los Tratados Internacionales”, en el cual se desarrollarían las bases que para su procedimiento se fijarían en la fracción III del Artículo 105 de la Constitución ya reformado.

Las reformas se llevarían a cabo respecto de algunos artículos, entre ellos el primero que actualmente dispone:

“ARTICULO 1º. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá y resolverá con base en las disposiciones del presente Título, de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad a que se refieren las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A falta de disposición expresa, se estará a las prevenciones del Código Federal de Procedimientos Civiles.”

Las reformas dejarían al artículo como sigue:

“ARTICULO 1º. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá y resolverá con base en las disposiciones del presente Título, de las controversias constitucionales, de las acciones de inconstitucionalidad y del control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales a que se refieren las fracciones I, II y III del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A falta de disposición expresa, se estará a las prevenciones del Código Federal de Procedimientos Civiles.”

Las adiciones a la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consistirían en esencia, en agregar un Título IV, denominado “Del Control Previo de la Constitucionalidad de los Tratados Internacionales”, y dividir éste título en tres

capítulos, a saber: Capítulo I, relativo a las Disposiciones Generales; Capítulo II, concerniente al Procedimiento y Capítulo III, referente al Pronunciamiento de la Corte, dicho lo anterior, proponemos el siguiente texto:

TITULO IV

DEL CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

CAPITULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTICULO 74. El control previo de la constitucionalidad de un tratado internacional podrá solicitarse cuando el texto del tratado esté fijado en forma definitiva, pero respecto del cual aún no se haya prestado el consentimiento.

ARTICULO 75. Podrán solicitar el control previo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

- a) El Poder Ejecutivo;
- b) El treinta y tres por ciento de la Cámara de Senadores, y
- c) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en los términos señalados en el artículo 102, apartado B de la Constitución.

ARTICULO 76. En el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales se aplicará en todo aquello que no se encuentre previsto en éste título, en lo conducente, las disposiciones contenidas en los títulos I y II de ésta ley.

CAPITULO II.

DEL PROCEDIMIENTO.

ARTICULO 77. El Presidente de la República, la Cámara de Senadores o la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, podrán solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el examen previo de la constitucionalidad de un tratado internacional, cuyo texto estuviere fijado en forma definitiva, pero respecto del cual aún no se haya prestado el consentimiento.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos únicamente podrá solicitar el control previo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y sólo se le dará intervención en los requerimientos que hagan los restantes órganos legitimados, cuando el tratado internacional pudiere ser violatorio de los derechos humanos reconocidos por el ordenamiento jurídico mexicano.

ARTICULO 78. Una vez que el Presidente de la República, la Cámara de Senadores o la Comisión Nacional de los Derechos Humanos realicen el requerimiento correspondiente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación dará vista a los restantes órganos legitimados, para que dentro de los treinta días naturales siguientes a la notificación se pronuncien al respecto.

CAPITULO III.

DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE.

ARTÍCULO 79. Una vez que la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya sido requerida por cualquiera de los órganos legitimados, para verificar previamente la constitucionalidad de un tratado internacional, y haya dado vista a los mismos para que se pronuncien al respecto, contará con un plazo de treinta días naturales para emitir la declaración correspondiente.

ARTÍCULO 80. La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá en todo momento, solicitar a cualquiera de las partes o a otros órganos o personas cuya colaboración considere pertinente para emitir una declaración adecuada, informes, ampliaciones, aclaraciones o consultas, dándoles un

plazo de quince días naturales, el cual podrá ampliarse, si las circunstancias lo ameritan por quince días más.

ARTICULO 81. Cuando se realicen solicitudes simultáneas por parte los órganos legitimados, se acumularán los requerimientos correspondientes para hacer un pronunciamiento de los mismos en una sola declaración.

ARTÍCULO 82. La declaración que emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá ser en los siguientes sentidos:

I. Declarando la constitucionalidad del tratado internacional.

II. Declarando la inconstitucionalidad del tratado internacional.

III. Declarando la conformidad del tratado internacional si se entiende éste a la luz de una determinada interpretación.

ARTÍCULO 83. La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundamentar la declaratoria de inconstitucionalidad de una o más cláusulas de un tratado internacional, en cualquier precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, haya o no haya sido invocado por las partes legitimadas, asimismo podrá declarar la inconstitucionalidad de una o más cláusulas de un compromiso internacional, aún cuando no haya sido propuesto el estudio de éstas por las partes.

ARTÍCULO 84. La declaración que emita el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el voto de por lo menos ocho Ministros, declarando la inconstitucionalidad de un tratado internacional, tendrá el valor de cosa juzgada y por tanto será obligatoria para todos los órganos estatales. De alcanzarse esa votación, el tratado internacional no podrá ser aprobado por el Senado.

La Suprema Corte notificará a las partes el sentido de su declaración dentro de las veinticuatro horas siguientes a su emisión.

Al emitir una declaración de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá, si las circunstancias lo permiten, hacer una interpretación conforme de las cláusulas del tratado internacional cuya inconstitucionalidad se hubiere declarado y la anexará a la declaración que emita para ser notificadas conjuntamente a las partes.

La Cámara de Senadores podrá aprobar el tratado internacional para que el Ejecutivo lo ratifique, aceptando ambos la interpretación conforme realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para proponerla como una declaración interpretativa.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. La Constitución es el conjunto de decisiones políticas fundamentales que reflejan el ser de un pueblo y determinan el modo de ser de la unidad política llamada Estado.

SEGUNDA. La supremacía constitucional implica que ningún acto, de ningún detentador formal de poder político, puede contravenir lo dispuesto en el texto de la Ley Fundamental, de modo que cualquier acto o cualquier ley, de cualquier órgano del Estado, que sea contrario a la Constitución, es por sí mismo nulo.

TERCERA. La supremacía constitucional tiene que ser garantizada a través de un sistema de control de la constitucionalidad perfectamente articulado e institucionalizado, que permitan su operatividad efectiva, pues en caso contrario, las disposiciones constitucionales no serían más que simples lineamientos laxos, carentes de obligatoriedad normativa frente a los actos de los detentadores del poder público, que harían por tanto, nugatorio el ideal del Estado Constitucional de Derecho.

CUARTA. El objeto del control de la constitucionalidad es el poder político, y su finalidad principal es encausar el ejercicio de ese poder a la Constitución.

QUINTA. Por Ley, para efectos del control de la constitucionalidad, debemos entender a cualquier norma general emanada de un órgano competente, o sea, aquél que está constitucionalmente legitimado para emitirlo, que sin importar la denominación que se le de, produzca y regule situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales y sea susceptible de causar una afectación a la esfera jurídica de los gobernados, en conclusión, no sólo los actos del Poder Legislativo son ley –para los efectos citados- pues también participan de ésta denominación, los tratados internacionales, los reglamentos, los decretos, los acuerdos y las circulares, siempre que contengan las cualidades antes mencionadas.

SEXTA. Los medios de control de la constitucionalidad imperantes en nuestro país, son de carácter represivo o reparador, que tienden a la subsanación de los daños provocados por la inconstitucionalidad del acto –lato sensu- sometido a control, mecanismos que si bien pueden tener una eficacia loable, no revisten la importancia y no pueden alcanzar el objetivo del control previo, cuya finalidad principal es evitar la aprobación de normas generales conculcatorias del texto fundamental.

SEPTIMA. El control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales es la actividad llevada a cabo por un órgano competente, para verificar la regularidad formal y material de los mismos con la Constitución, antes de que sean aprobados.

OCTAVA. En México, actualmente, podemos encontrar tratados internacionales que tienen vigencia plena, aún cuando son contrarios al texto de la Constitución.

NOVENA. El control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales debe llevarse a cabo después de la autenticación de su texto, pues es entonces cuando el mismo está fijado en forma definitiva y antes de la aprobación correspondiente por parte del Senado.

DECIMA. El sistema de control previo de la constitucionalidad y los sistemas represivos o reparadores no son excluyentes entre sí, por el contrario, su coexistencia en un sistema jurídico es necesaria para poder lograr que los actos de los poderes públicos sean perfectamente constitucionales.

DECIMA PRIMERA. En la mayoría de los países europeos el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales es llevado a cabo por un órgano especializado, que independientemente de su naturaleza, encarna la defensa del orden constitucional de modo único y definitivo.

DECIMA SEGUNDA. El órgano competente para conocer del control preventivo de la constitucionalidad de los tratados internacionales en México, debe ser la Suprema Corte de Justicia de la Nación, hasta en tanto no exista en nuestro país un órgano especializado en cuestiones de constitucionalidad.

DECIMA TERCERA. Los términos en los cuales se deberá emitir la declaración sobre la constitucionalidad de un tratado internacional, y aquellos en los cuales los órganos legitimados deban pronunciarse al respecto, deben ser breves pues el orden constitucional y la participación de voluntades ajenas a las del Estado mexicano obligan y justifican la celeridad en la resolución.

DECIMA CUARTA. El treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Senadores debe tener la legitimación para poder solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación el examen previo de la constitucionalidad de un tratado internacional, no un porcentaje menor, en virtud de que la naturaleza de éste medio de control no atiende a la tutela de los derechos de las minorías parlamentarias, además, debe existir un consenso mas o menos generalizado en el sentido de que un tratado es contrario a la Constitución, y en vía de consecuencia, ello representaría un freno al ejercicio inmoderado de éste control preventivo con meros fines políticos.

DECIMA QUINTA. También el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos debe tener legitimación para solicitar el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

DECIMA SEXTA. Asimismo, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, a través de su presidente, debe tener la facultad para solicitar el control previo de la constitucionalidad de un tratado internacional a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sólo cuando el tratado pueda ser violatorio de los derechos humanos reconocidos por el ordenamiento jurídico mexicano.

DECIMA SEPTIMA. Para que el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos pueda solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación el control previo de la constitucionalidad de un tratado internacional, debe contar con el acuerdo del Consejo Consultivo que así lo determine, esto para evitar que el *ombudsman* por sí mismo, pueda poner en marcha éste medio de control de la constitucionalidad con meros fines políticos.

DECIMA OCTAVA. La finalidad del control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales se escinde en dos objetivos primordiales, por un lado, preservar el orden constitucional evitando la aprobación de éstas normas generales cuando sean contrarias al texto de la Constitución, y, por el otro, evitar la responsabilidad internacional que nuestro país pudiere tener por el incumplimiento de un tratado internacional, aún bajo el argumento de que el mismo es contrario a la Constitución, dando con ello, seguridad jurídica a los gobernados, en el sentido de que los tratados que el Estado mexicano celebre van a ser respetuosos de sus derechos fundamentales, y a los demás Estados contratantes, en el sentido de que en un futuro no se van a invocar las contradicciones existentes entre el tratado con la Constitución como una causal de desacato a los mismos y a las obligaciones que de ellos se deriven.

DECIMA NOVENA. Por todo lo anterior, debe implementarse en nuestro país el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales en los términos propuesto en el capítulo cuarto de nuestra investigación.

BIBLIOGRAFIA.

LIBROS:

1. ACOSTA ROMERO, Miguel, TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. PRIMER CURSO, 17º edición, México, editorial Porrúa, 2004.
2. AGRAZ, César Eduardo, HACIA UNA NUEVA LEGITIMACIÓN DE LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD, México, editorial Porrúa, 2005.
3. ARELLANO GARCÍA Carlos, DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, 3º edición, México, editorial Porrúa, 1997.
4. ARELLANO GARCÍA, Carlos, EL JUICIO DE AMPARO, 8º edición, México, editorial Porrúa, 2003.
5. ARELLANO GARCÍA Carlos, PRIMER CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, 5º edición, México, editorial Porrúa, 2002.
6. ARNOLD, Rainer, LA UNIFICACIÓN ALEMANA. ESTUDIOS SOBRE DERECHO ALEMAN Y EUROPEO, España, editorial Civitas, 1993.
7. ARRIEGA BECERRA, Hugo Alberto, PROBLEMAS ACTUALES DEL JUICIO DE AMPARO, México, editorial EJA, 2007.
8. BALBUENA CISNEROS, Arminda, LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN MÉXICO, México, editorial Universidad de Guanajuato, 2005.
9. BAZAN, Victor (coordinador), DESAFIOS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, España, editorial Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

10. BENITEZ TREVIÑO, Humberto, V., LA SALA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DE MÉXICO COMO EXPRESIÓN DEL FEDERALISMO DEL SIGLO XXI, México, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, Univesidad Nacional Autónoma de México y LV Legislatura del Estado de México, 2005.
11. BRAGE CAMAZANO, Joaquín, LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, México, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
12. BUENAVENTURA PELLISÉ, Prats (Director), NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, Barcelona, editorial Francisco Seix, 1986, (TOMO XVIII).
13. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO, 16º edición, México, editorial Porrúa, 2003.
14. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, EL JUICIO DE AMPARO, 41º edición, México, editorial Porrúa, 2006.
15. BURGOA ORIHUELA Ignacio, LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, Editorial Porrúa, 10º edición, México, 1977.
16. CAMARGO, Pedro Pablo, TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL (TOMO I), Colombia, editorial Temis, 1983.
17. CARPIZO, Jorge, ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, 8º edición, México, editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
18. CARPIZO, Jorge y MADRAZO Jorge, DERECHO CONSTITUCIONAL, México, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.

19. CASTILLEJOS ARAGÓN, Mónica, LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y EL CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES, México, editorial Porrúa, 2005.
20. CASTRO Y CASTRO, Juventino V., EL ARTÍCULO 105 CONSTITUCIONAL, 4º edición, México, editorial Porrúa, 2001.
21. CASTRO Y CASTRO, Juventino V., LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO EN EL AMPARO, 7º edición, México, editorial Porrúa, 2006.
22. CARRANCO ZÚÑIGA, Joel y ZERON DE QUEVEDO, Rodrigo, AMPARO DIRECTO CONTRA LEYES, 2º edición, México, editorial Porrúa, 2002.
23. CARRASCO GONZALEZ, Gonzalo, (coordinador), PENSAR LOS DERECHOS HUMANOS. PROLEGOMENOS PARA UNA INVESTIGACION COLECTIVA, México, editorial Universidad Autónoma Metropolitana, 2000.
24. CAZORLA PRIETO, Luis María, et. al., TEMAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL, España, editorial Aranzadi, 2000.
25. COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, RESERVAS FORMULADAS POR MÉXICO A INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS, EDITORIAL COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, MÉXICO, 1996.
26. CORZO SOSA, Edgar, LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, Madrid, editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
27. COSSIO, José Ramón y PÉREZ DE ACHA, Luis M., (Compiladores), LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, México, editorial Fontamara, 2000.

28. COVÍAN ANDRADE, Miguel, LA SUPREMA CORTE Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD. DIEZ AÑOS DE FALLAS E IMPRECISIONES, México, editorial CEDIPC, 2005.
29. COVIAN ANDRADE, Miguel, TEORÍA CONSTITUCIONAL. VOLUMEN PRIMERO, 3º edición, México, editorial CEDIPC, 2004.
30. DE LA MADRID HURTADO Miguel, ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL, 3º edición, México, editorial Porrúa, 1986.
31. DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, INSTITUCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, 10º edición, Madrid, editorial Tecnos, 1994.
32. DUVERGER, Maurice, INSTITUCIONES POLÍTICAS Y DERECHO CONSTITUCIONAL, España, editorial Ariel, 1980.
33. FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, DERECHO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, México, editorial Porrúa, UNAM, 2006.
34. FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, PODER LEGISLATIVO, México, editorial Porrúa, UNAM, 2003.
35. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador), DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, 4º edición, México, editorial Porrúa, 2003, (TOMO I).
36. FERRER MC-GREGOR, Eduardo, JUICIO DE AMPARO E INTERES LEGITIMO: LA TUTELA DE LOS DERECHOS DIFUSOS Y COLECTIVOS, México, editorial Porrúa, 2003.

37. FIX-ZAMUDIO, Héctor, ESTUDIO DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO, México, editorial PORRÚA Y UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, 2005.
38. FIX-ZAMUDIO, Héctor, ENSAYOS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO, 2º edición, México, editorial Porrúa y UNAM, 1999.
39. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, México, editorial FUNDAp, 2004.
40. GARZA GARCÍA, César Carlos, LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN, México, editorial Lazcano Garza Editores, 1997.
41. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, FILOSOFÍA DEL DERECHO, 12º edición, México, editorial Porrúa, 2000.
42. GIL RENDÓN, Raymundo (coordinador), DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, México, editorial FUNDAp, 2004.
43. GOMEZ PEREZ, Mara, LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SOBERANIA NACIONAL, México, editorial Porrúa, 2003.
44. GORDILLO, Agustín, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. TOMO I. PARTE GENERAL, 9º edición, México, editorial Porrúa, UNAM, Fundación de Derecho Administrativo de Buenos Aires, 2004.
45. GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, CONTROVERSIA SOBRE CONTROVERSIA. DISCUSIÓN EN TORNO AL ALCANCE DE LA COMPETENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTITICA DE LA NACIÓN EN

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES, 2º edición, México, editorial Porrúa, 2001.

46. HABERLE, Peter, EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO TRIBUNAL CIUDADANO. EL RECURSO CONSTITUCIONAL DE AMPARO, México, editorial FUNDAp, 2005.

47. HERMANN, Heller, TEORÍA DEL ESTADO, México, editorial Fondo de Cultura Económica, 1992.

48. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS y CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES MÉXICO-CENTROAMÉRICA, JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMPARADA, México, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

49. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO, LA CONSTITUCIÓN Y SU DEFENSA, México, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984.

50. KELSEN, Hans, TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO (traducido por Eduardo García Máynez), 2º edición, México, editorial universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

51. KELSEN, Hans, TEORÍA GENERAL DEL ESTADO, México, editorial CIICH, UNAM y Ediciones Coyoacán, 2004.

52. KELSEN, Hans, TEORÍA GENERAL DEL ESTADO, México, editorial, Editora Nacional, 1983.

53. KELSEN, Hans, TEORÍA PURA DEL DERECHO, 13º edición, México, editorial Porrúa, 2003.

54. LASSALLE, Ferdinand, ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN?, México, editorial colofón s. a., 1997.
55. LOEWENSTEIN, Karl, TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN, Barcelona, editorial Ariel, 1986.
56. LUCAS VERDÚ, Pablo (Compilador), "PRONTUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL" , Granada, editorial Comares, 1996.
57. MARTINEZ MORALES, Rafael I., DERECHO ADMINISTRATIVO. PRIMER CURSO, 2º edición, México, editorial Harla, 1994.
58. MENA ADAME, Carlos, LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, México, editorial Porrúa, 2003.
59. MONTESQUIEU, DEL ESPIRITU DE LAS LEYES (Traducido por Mercedes Blázquez y Pedro de Vega.), Madrid, editorial SARPE, 1984, (TOMO I).
60. OJEDA BOHÓRQUEZ, Ricardo, EL AMPARO CONTRA NORMAS CON EFECTOS GENERALES, México, editorial Porrúa, 2001.
61. OROZCO GOMEZ, Miguel, PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES: CONTROVERSA CONSTITUCIONAL Y ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD, México, editorial Porrúa, 2004.
62. ORTIZ AHLF, Loretta, DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO, 3º edición, México, editorial Oxford, 2004.
63. PARDO FALCON, Javier, EL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCES. LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN LA QUINTA REPUBLICA, Madrid, editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

64. PEREIRA MENAUT, Arturo-Carlos, LECCIONES DE TEORÍA CONSTITUCIONAL, editorial Porrúa, y Universidad Panamericana, México, 2005.
65. PEREZ TREMPES, Pablo, ESCRITOS SOBRE JUSTICIA CONSTITUCIONAL, México, editorial Porrúa, 2005.
66. PREDIERI, Alberto y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (Directores), LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978, 2º edición, España, editorial Civitas, 1988.
67. REMIRO BROTONS, Antonio, DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. TOMO II. DERECHO DE LOS TRATADOS, España, editorial Tecnos, 1987.
68. ROUSSEAU, Juan Jacobo, EL CONTRATO SOCIAL, 14º edición, México, editorial Porrúa, 2004.
69. SCHMITT, Carl, LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN (Traducido por Manuel Sánchez Sarto), Madrid, editorial Tecnos, 1983.
70. SCHMITT, Carl, TEORIA DE LA CONSTITUCIÓN, España, editorial Alianza, 1996.
71. SCHWABE, Jurgen, (Compilador), CINCUENTA AÑOS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMAN, [traducción de Marcela Anzola Gil], Colombia, editorial Konrad Adenauer-Stiftung y Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez , 2003.
72. STERN, Klaus, DERECHO DEL ESTADO DE LA REPUBLICA FEDERAL ALEMANA, Madrid, editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1987
73. SEPÚLVEDA, César, DERECHO INTERNACIONAL, 23º edición, México, editorial Porrúa, 2002.

74. SERRA ROJAS, Andrés, CIENCIA POLÍTICA, 18^o edición, México, editorial Porrúa, 2002.

75. SERRA ROJAS, Andrés, DERECHO ADMINISTRATIVO, 23^o edición, México, editorial Porrúa, 2002.

76. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, México, editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

77. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2^o edición, México, editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

78. TENA RAMÍREZ, Felipe, LEYES CONSTITUCIONALES DE MÉXICO, 1808 A 1993, 19^o edición, México, editorial Porrúa, 1995.

79. TORRES DEL MORAL, Antonio, PRINCIPIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, 4^o edición, Madrid, editorial Universidad Complutenses Madrid, 1998.

80. URIBE ARZATE, Enrique, EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO, México, editorial Cámara de Diputados LIX Legislatura y Universidad Autónoma del Estado de México, 2006.

81. URIBE ARZATE, Enrique, EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, México, editorial Universidad Autónoma del Estado de México, 2002.

DICCIONARIOS JURIDICOS.

1. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO (A-CH), 13º edición, México, editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, (TOMO I).

LEGISLACION:

1. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
2. CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS.
3. CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.
4. LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION.
5. LEY REGLAMENTARIA DE LOS ARTICULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
6. LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTICULO 105 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
7. LEY SOBRE LA CELEBRACION DE TRATADOS.

PÁGINAS DE INTERNET:

1. <http://www.diputados.gob.mx>
2. <http://www.senado.gob.mx>
3. <http://www.constituciones.com.mx>
4. <http://www.scjn.gob.mx>

5. <http://www.sre.gob.mx>