



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

**“LA NECESIDAD DE UN CONTROL PREVIO DE
CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS
INTERNACIONALES EN MÉXICO”**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

DOCTOR EN DERECHO

P R E S E N T A

MTRO. ROGELIO ZACARÍAS RODRÍGUEZ GARDUÑO

DIRECTORA DE TESIS: DRA. DORA MARÍA SIERRA MADERO

MEXICO D. F.

2012

INTRODUCCIÓN.....	1
--------------------------	----------

CAPÍTULO 1

TEORÍA GENERAL DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

1.1	El control de la constitucionalidad.....	1
1.2	El control de la constitucionalidad por órgano político.....	8
1.3	El control de la constitucionalidad por órgano jurisdiccional.....	11
1.4	El control previo y el control represivo o reparador.....	27
1.5	Mecanismos de control de la constitucionalidad de los tratados internacionales en México.....	29
1.5.1	Las acciones de inconstitucionalidad.....	30
1.5.2	El juicio de amparo.....	35

CAPÍTULO 2

MARCO TEÓRICO CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

2.1	La supraconstitucionalidad de los tratados internacionales.....	48
2.2	Naturaleza jurídica de los tratados internacionales.....	57
2.3	Etapas procedimentales en la formación de los tratados internacionales.....	59
2.4	Los anexos y las enmiendas de los tratados internacionales como elementos carentes de control de la constitucionalidad.....	72

CAPÍTULO 3

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

3.1	El control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales en el entorno global actual.....	74
3.2	Estudio de algunos Estados en donde se ejerce el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales.....	77

3.3	El caso de la Unión Europea.....	99
-----	----------------------------------	----

CAPÍTULO 4

PROPUESTAS PARA INSTAURAR EL CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MÉXICO

4.1	El órgano complejo encargado de la celebración de los tratados internacionales en México.....	107
4.2	La incursión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como parte del órgano complejo encargado de la celebración de los tratados internacionales mediante el ejercicio del control previo.....	115
4.3	Momento procedimental en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe llevar a cabo el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales.....	120
4.4	Efectos del pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el control previo.....	124
4.5	La derogación de la acción de inconstitucionalidad como vía para impugnar la inconstitucionalidad de los tratados internacionales.....	125
CONCLUSIONES.....		136
BIBLIOGRAFÍA.....		140

INTRODUCCIÓN

La presente tesis doctoral pretende abarcar un tema poco explorado en nuestro país, pero de gran importancia para lograr confeccionar un sistema de control de la constitucionalidad integral. Nos referimos al control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales.

Aunque este medio de control tiene ya una larga existencia en diversas naciones, sobre todo de Europa y América Latina, en donde se ha convertido en la vía idónea para verificar la constitucionalidad de los tratados, en México son pocos los trabajos y las propuestas legislativas enfocados a su estudio y proposición.

Es por ello que nuestra investigación viene a abordar un aspecto abandonado doctrinalmente e inexistente en la praxis constitucional, pero necesario en momentos actuales, en donde los tratados y convenciones internacionales han adquirido mayor importancia y jerárquicamente han ganado terreno frente a las leyes nacionales e incluso frente a las constituciones de los Estados.

Debemos reconocer que, además de la justificación que por sí misma representa la necesidad de un control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales y su relevancia dentro de nuestro sistema, para México contar con este mecanismo resulta además en una utilidad práctica necesaria, pues en este momento no se encuentra en igualdad de circunstancias frente a aquellos Estados con los que celebra tratados internacionales y que sí se benefician del control preventivo, pues para ellos no solamente representa un medio de control dentro de su orden jurídico interno, sino que les da ventajas en su estrategia de negociación en las materias sustantivas de los acuerdos, ya que en muchas ocasiones, cuando las circunstancias no les favorecen, introducen ciertos aspectos críticos de la negociación en una especie de “cámara de enfriamiento”, suspendiendo su discusión bajo el argumento de que el negociador se encuentra rebasado para pronunciarse hasta en tanto se realice la consulta con el revisor de la constitucionalidad respectivo.

Nuestro país carece del argumento que esgrimen los Estados con quienes celebra los diversos tratados internacionales, que sí cuentan con el aludido medio de control, y por tanto, se tiene que atener estrictamente a las reglas de la negociación que previenen la Convención de Viena y nuestra ley específica, resultando (según nuestra experiencia como miembros de múltiples delegaciones mexicanas para la negociación de un sinnúmero de tratados), en un desbalance material entre los dos sujetos del Derecho Internacional Público, pues nuestro país, en no pocas ocasiones, se ve presionado para pronunciarse sobre cuestiones que en el proceso de la negociación son apremiantes y en muchos casos –acaso precipitado el negociador-, acepta obligaciones o condiciones que pueden resultar no solo contrarias a nuestra Constitución, sino a los intereses nacionales.

Así pues y siguiendo con la relevancia del tema, nuestra premisa deriva del siguiente interrogante ¿qué sucedería si un tratado internacional que ya forma parte del ordenamiento mexicano, fuere objeto de una declaratoria de inconstitucionalidad por parte de los órganos jurisdiccionales competentes? Ante ese panorama, hoy en día sólo existen dos opciones, por un lado, dejar de aplicar el tratado por ser contrario a la Constitución, aunque claro que ese acto sería unilateral y traería aparejada una responsabilidad internacional de México al incumplir sus compromisos con otro u otros Estados; o bien, seguir aplicando la norma general irregular en perjuicio de los destinatarios y violentando sistemáticamente la ley fundamental hasta la formal expulsión del tratado mediante las vías reconocidas internacionalmente.

¿Existe una mejor forma para resolver, o cuando menos prevenir, este tipo de problemas? Nos parece que el control previo es la solución. La justificación de nuestra propuesta será tratada a lo largo de la presente tesis.

Para efectos de lo anterior, hemos dividido el desarrollo del trabajo en cuatro capítulos. En el primero, intitulado “Teoría general del control de la constitucionalidad”, abarcamos primeramente aspectos globales de esta disciplina especializada del derecho constitucional, distinguiendo al control de la

constitucionalidad de otras expresiones que comúnmente se utilizan para describir la materia en la que se encuentra inmerso nuestro objeto de estudio, tales como defensa de la constitución, justicia constitucional, control constitucional, control de la constitución o derecho procesal constitucional, explicando las razones por las que nos apartamos de ellas, así como los motivos que nos hacen inclinarse por el “control de la constitucionalidad” como denominación correcta.

Posteriormente, estudiamos de manera general los dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad que han existido y que actualmente encuentran expresiones positivas en la mayoría de los países del orbe, esto es, el control por órgano político y el control por órgano jurisdiccional, y dentro de éste, el difuso y el concentrado. Después explicamos en qué consiste el control preventivo o previo y lo distinguimos del control represivo o posterior, resaltando las ventajas que el primero tiene en relación al segundo, cuando el objeto del control son los tratados internacionales.

Visto lo anterior, analizamos los distintos medios de control que existen en nuestro país, a través de los cuales se puede cuestionar la constitucionalidad de los instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano, concretamente, las acciones de inconstitucionalidad y el juicio de amparo. Dentro de este apartado resaltamos las inconveniencias que estos medios de control tienen al ser de carácter represivo o reparador.

En el capítulo dos, llamado “Marco teórico constitucional de los tratados internacionales”, nos adentramos a un fenómeno que en épocas recientes ha cobrado fuerza, merced a la prolífica actividad que han tenido las cortes internacionales creadas para la protección de los derechos fundamentales, las cuales, a través de sus resoluciones, han colocado en no pocas ocasiones a los tratados internacionales en un plano superior a las normas nacionales, incluidas las propias constituciones. Esta supra-constitucionalidad de los tratados es estudiada en la primera parte del capítulo en comento.

En segundo lugar, nos abocamos al estudio de la naturaleza jurídica de los tratados internacionales, para ello, hacemos un ejercicio de confrontación con la



naturaleza de las leyes nacionales, circunstancia que nos permite resaltar la necesidad de crear medios de control idóneos para cada acto que desee controlarse.

Por otro lado, describimos las etapas procedimentales en la formación de los tratados desde diversos ángulos, o sea, desde un plano doméstico o nacional y desde uno externo o internacional, al final, el estudio conjunto de ellos nos permite una visión general y completa de los pasos que se siguen para la conformación definitiva de esta clase de instrumentos, todo ello, claro está, precedido de las distintas posiciones doctrinales que sobre el punto en cuestión existen. Es importante mencionar que este apartado de la investigación es de vital importancia, en tanto que de su correcto estudio dependerá en gran medida la ubicación precisa de la etapa en la cual debe examinarse la constitucionalidad de un tratado.

Finalizamos este capítulo con una breve reflexión sobre la ausencia de control de los anexos y las enmiendas de los tratados internacionales, que hasta hace poco fue subsanada en relación a las enmiendas, pero que subsiste en el caso de los anexos.

En el capítulo tres, denominado “El control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales en el derecho comparado”, analizamos la situación que impera en el entorno global actual sobre esta materia, para después estudiar algunos casos concretos de Estados en donde se ejerce el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, sobre todo en Europa y América Latina, sin obviar el caso de la Unión Europea, experiencias todas ellas que son de utilidad enorme para evaluar su introducción en nuestro país.

Nuestra propuesta final concreta es tratada en el capítulo cuatro, “Propuestas para instaurar el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales en México”. En cada uno de los apartados que lo componen, abarcamos los aspectos que necesitarían modificarse para lograr su correcta instauración.



El primero de ellos, es el que versa sobre el órgano complejo encargado de la celebración de los tratados internacionales, actualmente solo integrado por el Presidente de la República y por la Cámara de Senadores, el que, según nuestra tesis, debería ser complementado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; el segundo, relativo al momento en que la Suprema Corte debe llevar a cabo el control previo de la constitucionalidad de los tratados, incluyendo aquí al órgano legitimado para solicitar el control, así como algunos rasgos generales del procedimiento a seguir; y el tercero, tocante a los efectos del pronunciamiento de la Corte.

Por último, nuestra propuesta también consiste en la derogación de la acción de inconstitucionalidad como vía para impugnar la inconstitucionalidad de los tratados internacionales.

Mención aparte merecen las fuentes de información empleadas y los métodos de investigación utilizados en el presente trabajo. De entre ellos, la información documental fue relevante, en tanto que se realizó la consulta de casi un centenar fuentes bibliográficas (incluidas la doctrina nacional y la extranjera), principalmente relacionadas con las materias constitucional e internacional. Asimismo, la legislación y la normatividad en general jugaron un papel importante, desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pasando por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Ley sobre la Celebración de Tratados y todas las leyes y normas internas que tienen relación con los temas analizados, hasta los textos constitucionales y legales de otros países.

Al lado de la información documental, los métodos empírico y comparativo no fueron soslayados en la investigación, por el contrario, sirvieron de complemento idóneo mediante la recopilación de información cualitativa y cuantitativa. Ello, a través de la presentación de algunos casos prácticos que se han suscitado en aquellos países que tienen contemplado el control previo de la constitucionalidad de los tratados, así como la señalización de los tratados internacionales que en México han sido objeto de un control represivo, ya a través



del juicio de amparo, ya por medio de las acciones de inconstitucionalidad, y los criterios jurisprudenciales que de esos asuntos han derivado.

Con el desarrollo de los temas descritos y bajo los lineamientos metodológicos previamente anotados, intentamos crear conciencia y resaltar la necesidad de implementar el control previo que proponemos, mismo que en un futuro podría también ser utilizado para las reformas a la Constitución y para algunas leyes de vital importancia, orgánicas o reglamentarias de preceptos constitucionales.

Esperamos que nuestra propuesta contribuya, así sea modestamente, a la modernización y perfeccionamiento de nuestro incipiente sistema de control de la constitucionalidad.



CAPÍTULO 1

TEORÍA GENERAL DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

1.1 El control de la constitucionalidad

Podemos señalar que el estudio sistemático de esta disciplina especializada del derecho constitucional inició en los años que siguieron a la segunda postguerra, pues fue a partir de ese momento en el cual empezaron a surgir los debates sobre quién debía ser el defensor de la Constitución,¹ pero a raíz de esas discusiones, emergieron también otros aspectos periféricos con importancia considerable, uno de ellos fue y sigue siendo, el relativo a la correcta denominación de esta materia.

En el contexto anterior, el tema que da nombre al presente apartado implica necesariamente entrar al estudio previo –aunque sea de manera breve-, de la correcta denominación de esta rama del derecho constitucional.

Muchos son los autores que han escrito sobre la materia que nos ocupa, y por ende, las denominaciones que se le han dado son tan variadas como las plumas autorizadas que las han escrito, así, se utilizan indistintamente los términos: defensa de la constitución, justicia constitucional, control constitucional, control de la constitución, derecho procesal constitucional, control de la constitucionalidad, etcétera. En las páginas siguientes analizaremos los términos antes referidos.

Defensa de la Constitución. El maestro Fix-Zamudio señala que:

La defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normatividad constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que

¹ Sobre el particular Cfr. Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, [trad. Rolando Tamayo y Salmorán], México, UNAM, 2001; Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2ª ed., [trad. Roberto J. Brie, Madrid], Tecnos, 1999, y Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, [trad. Manuel Sánchez Sarto], Madrid, Tecnos, 1983.

es más importante, lograr el desarrollo y 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 política-social, y desde la perspectiva de la Constitución real, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental.²

Por su parte, César Carlos Garza García establece:

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 anterior significa que la defensa constitucional se promueve por una serie de instrumentos jurídicos que permiten asegurar 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.³

Para otros, "...la defensa de la Constitución puede conceptuarse como el conjunto de instrumentos procesales cuyo fin consiste en salvaguardar el contenido, los alcances y la evolución de la Ley de Leyes".⁴

El Ministro en retiro Juventino Castro comenta que la defensa de la Constitución comprende los sistemas, métodos e instrumentos que son necesarios para hacer prevalecer la Constitución sobre los actos del poder público y de los mismos particulares, en el supuesto de que tales actos sean contrarios a la Constitución.⁵

De las nociones previamente apuntadas, podemos advertir con meridiana claridad que para los autores citados, la defensa de la Constitución está conformada por todos los instrumentos jurídicos que permiten preservar o restablecer el orden constitucional cuando éste ha sido quebrantado, es decir, dan una noción muy general y abstracta que podría incluir no sólo a las figuras meramente procesales, sino también a aquellos procedimientos no jurisdiccionales seguidos ante instancias administrativas, con la única condición de que a través

² Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, México, FUNDAP, 2002, p. 56.

³ Garza García, César Carlos, *La defensa de la Constitución*, México, Lazcano Garza Editores, 1997, p. 13.

⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 2ª edición, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 22.

⁵ Cfr. Castro y Castro, Juventino V. *Garantías y Amparo*, 10ª ed., México, Porrúa, 1998, p. 277.

de ellos se logre salvaguardar, preservar, restaurar o desarrollar el orden constitucional en su totalidad.

Derivado de lo anterior, consideramos que en estricto sentido, la generalidad y la abstracción que reviste a esta denominación implica *per se* la dificultad para circunscribirla a un ámbito meramente constitucional o procesal, pues puede abarcar también aquellas figuras legales y procedimentales que no describen con exactitud la materia que estamos tratando.

Justicia Constitucional. Por lo que hace a este término, coincidimos plenamente con lo que señala Covián Andrade,⁶ en el sentido de que, en inicio, esta denominación nos pone frente al problema de definir previamente a la *justicia* como tal, palabra tanto abstracta como subjetiva que a lo largo de los siglos no ha sido plenamente definida ni aún por la mentes más brillantes. Ahora bien, si se pretende dar una interpretación literal a ésta denominación *-justicia constitucional-*, ¿Que significaría? ¿Hacerle justicia a la Constitución? o bien ¿Los procesos establecidos en la Constitución para hacer justicia?, o ¿Hacer o impartir justicia conforme a la Constitución? y de ser éste el caso, ¿Cabría hablar también de justicia civil, justicia penal, justicia administrativa, etcétera?, por todo lo anterior, desestimamos plenamente esta terminología.

A pesar de lo anterior, podemos decir que para algunos autores la justicia constitucional “Supone que los instrumentos jurídicos procesales que tienen por objeto la efectividad de las normas fundamentales, en caso de incertidumbre, conflicto o violación, se encuentran otorgados a *tribunales de cualquier tipo*. Lo que caracteriza a la justicia constitucional es que el control se realiza por los jueces.”⁷ No compartimos el criterio anterior. Cuando el control de la constitucionalidad es ejercido por jueces, como indica el referido autor, hablamos de un control por órgano jurisdiccional no de justicia constitucional. Cuando las

⁶ Cfr. Covián Andrade, Miguel, *La Suprema Corte y el control de la constitucionalidad. Diez años de fallas e imprecisiones*, México, CEDIPC, 2005, pp. 3 y sig.

⁷ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “El juicio de amparo y la defensa de la Constitución”, en: Cossío, José Ramón y Pérez de Acha, Luis M. (Comps.), *La defensa de la Constitución*, México, Fontamara, 2003, pp. 50-51.

facultades de control se otorgan a los tribunales de cualquier tipo, como se dice en la cita previa, hablamos de un control difuso, no de justicia constitucional.

Control constitucional. Esta denominación se acerca más al ámbito de nuestra materia, sin embargo, la expresión “*constitucional*” también abarca diversas significaciones, pues lo constitucional puede ser lo que está en la Constitución, lo que está conforme a la misma, o 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 que más se aproxima a nuestra materia, no obstante, por la pluralidad de acepciones que el término “control constitucional” tiene, no es el idóneo.⁸

Control de la Constitución. Estimamos que la terminología menos apropiada para identificar a la rama especializada del derecho constitucional a la que nos hemos referido previamente, es la de “control de la Constitución”, en efecto, esta denominación queda superada, como indica Covián Andrade,⁹ por el simple hecho de que a la Constitución no se le controla, se le protege, la Constitución no es el objeto o la materia del control, es, por el contrario, el parámetro de ese control.

Derecho Procesal Constitucional. Para el maestro Fix-Zamudio, así como para otros que lo secundan, “...el derecho procesal constitucional mexicano, tiene por objeto el análisis científico de las garantías constitucionales establecidas en la carta fundamental vigente de 1917, con sus numerosas reformas posteriores.”¹⁰ Esto es, el derecho procesal constitucional está integrado por el conjunto de instrumentos de naturaleza esencialmente procesal, que tienen como finalidad preservar o restablecer el orden constitucional cuando ha sido quebrantado.

Como cuestionamiento a lo anterior, podemos señalar que en el texto de la Constitución existen una serie de disposiciones de carácter meramente procesal y que en su conjunto se han denominado *garantías de seguridad jurídica*, en éstas se contienen las formalidades que deben ser observadas para que en un proceso

⁸ Cfr. Covián Andrade, Miguel, op. cit., pp. 3 y sig.

⁹ Ibidem, p. 6.

¹⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 177-178.

judicial se respeten las defensas jurídicas de los gobernados. Estas disposiciones a las que nos hemos referido, tienen la particularidad de que por sí mismas constituyen a su vez, garantías constitucionales. Así por ejemplo, el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, enlista los principios básicos que rigen el proceso penal, luego entonces, cabría preguntar ¿El proceso penal es parte integrante del Derecho Procesal Constitucional, en virtud de que los principios procesales que en él imperan emanan directamente del pacto federal?.

La respuesta que han elaborado los defensores de la denominación “derecho procesal constitucional” al interrogante arriba planteado, se limita a señalar que si bien es cierto en el texto de la Ley Suprema se contienen disposiciones procesales relativas a diversas materias (Civil, Penal, Laboral, etc.), no debe confundirse esta situación, pues las mismas no son *derecho procesal constitucional*, sino *derecho constitucional procesal*¹¹, es decir, el conjunto de disposiciones de carácter procesal previstas en la Constitución, sin importar la materia a la que se refieran. A lo anterior, agregan que el derecho procesal constitucional es una rama del derecho procesal, en tanto que el derecho constitucional procesal lo es del derecho constitucional.¹²

Por otro lado, pero en relación con lo anterior, es por demás sabido que gran parte de la doctrina avala el hecho de que el derecho procesal constitucional mexicano está integrado por los siguientes mecanismos:

“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* (artículos 103 y 107); G) *El juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos* (artículos 99, fracción V); H) *El juicio de revisión constitucional electoral* (artículo 99,

¹¹ Resulta interesante lo señalado por Domingo García Belaúnde, en el sentido de que estas denominaciones (Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional Procesal) constituyen un mero juego de palabras. Al respecto Cfr. García Belaúnde, Domingo, “Sobre la jurisdicción constitucional”, en: Quiroga León, Aníbal (comp.), *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990, pp. 33 y sig.

¹² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Elementos de derecho procesal constitucional*, 2ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p. 37.

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

En este tenor, surge una cuestión más, pues dentro del listado de figuras constitucionales arriba citadas, podemos advertir claramente que están incluidos ciertos instrumentos que no pueden ser considerados ni siquiera como procesos, sino que son meros procedimientos, los que son además de índole administrativo, no jurisdiccional, de ahí, la distinción que Ferrer Mac-Gregor ha hecho en el sentido de separar al derecho procesal constitucional del derecho procedimental constitucional. Sin embargo, el sector mayoritario encabezado por el insigne maestro Fix-Zamudio, señala que en su conjunto estos mecanismos configuran el derecho procesal constitucional mexicano.

Control de la Constitucionalidad. En el presente trabajo de investigación utilizaremos el término “control de la constitucionalidad”, para hacer referencia a la disciplina especializada del derecho constitucional en la cual un órgano se encarga verificar que los actos del poder público se ajusten, formal y materialmente, a lo dispuesto en la constitución, para que, de ser así lo declare válido o bien, en caso contrario, lo expulse del sistema jurídico. En las siguientes líneas justificamos esta postura.

El ya citado Covián Andrade es uno de los autores que defiende con mayor énfasis la denominación que hemos adoptado, diciendo al respecto, lo siguiente: “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”.¹⁴ A lo anterior, agrega que “...la verificación de que las decisiones –actos u omisiones- de quienes ejercen el poder político por disposición de las normas jurídicas, corresponden

¹³ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, op. cit., p. 178. Cabe recordar que con motivo de las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, la facultad de investigación de la Suprema Corte fue trasladada a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

¹⁴ Covián Andrade, Miguel, op. cit., p. 9.

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-.”¹⁵

Otra explicación que está en consonancia con nuestra postura, es la que realiza el autor Víctor Racipe Salazar, para quien la constitucionalidad no es otra cosa que la congruencia entre la actuación pública y la Constitución. Agrega que la constitucionalidad de leyes y actos, se produce cuando estos corresponden exactamente con las disposiciones de la Constitución, tanto desde el punto de vista formal, esto es, de su procedimiento de formación, como desde el material, o sea, de su contenido en sí mismo, con lo cual se hace efectivo el principio de la supremacía constitucional. Naturalmente, para que esta constitucionalidad se efectúe, es necesario que existan acciones, instituciones y procedimientos, a los cuales se denomina medios de control de la constitucionalidad.¹⁶

Así pues, queda claro que el control de la constitucionalidad es aquella disciplina del derecho constitucional encargada de verificar que los actos del poder político se ajusten, formal y materialmente, a lo señalado en la Constitución, para que, en caso de no ser así, sean expulsados del sistema jurídico.

En conclusión, podemos agregar a lo anterior y a fin de distinguir entre las dos últimas denominaciones referidas, que el control de la constitucionalidad es el *todo*, o sea, es la disciplina encargada de la revisión de la constitucionalidad de los actos del poder público (conformidad con la Constitución), siendo materia de su estudio, no sólo el poder político, sino también los diferentes sistemas de control, los diversos mecanismos de control, los órganos competentes, los procesos a seguir, los efectos de las resoluciones, etcétera, en cambio, el derecho procesal constitucional es sólo una *parte* del todo que es el control de la constitucionalidad,

¹⁵ *Ibidem*, p. 11.

¹⁶ Cfr. Racipe Salazar, Manuel Víctor, *La justicia constitucional en México. Actualidad y perspectivas*, México, IAPEM, 2008, pp. 48-49.

dirigida concretamente al estudio de los procesos contemplados en la Constitución, para llevar a cabo el control de la constitucionalidad.¹⁷

El control de la constitucionalidad como rama especializada del derecho constitucional, puede ser estudiado desde diferentes ángulos, por ejemplo, desde el punto de vista temporal (previo o *a posteriori*); por el objeto del control (normas generales o actos *stricto sensu*); por el órgano de control (político o jurisdiccional, y este a su vez difuso o concentrado); por los efectos de las determinaciones (*erga omnes*, *inter partes* o *ultra partes*), por el tipo de control (abstracto o concreto), etcétera.

1.2 El control de la constitucionalidad por órgano político

En términos generales, podemos señalar que a lo largo de la historia han existido dos sistemas de control de la constitucionalidad muy bien delineados el uno del otro, el llevado a cabo por un órgano de naturaleza política y el llevado a cabo por uno de naturaleza jurisdiccional. Esta distinción inevitablemente nos conduce a remontarnos a los debates sostenidos entre Carl Schmitt y Hans Kelsen¹⁸, sobre quién debía ser el defensor de la Constitución.

Ambos juristas llevaron su ideario constitucional a la práctica, el primero, con la instauración del Tribunal del *Reich* en Alemania y el segundo, con la creación del Tribunal Constitucional Austriaco, previsto en la Constitución de ese país de octubre 1920, pero anteriormente en la Constitución de Checoslovaquia del mismo año aunque promulgada en el mes de febrero.

Carl Schmitt pugnaba porque el encargado de verificar la constitucionalidad de los actos fuera un órgano de naturaleza política, no distinto de los demás órganos constituidos pero con facultades especiales, en tanto que Hans Kelsen postulaba la creación de un órgano de naturaleza jurisdiccional, coexistente con

¹⁷ Cfr. Covián Andrade Miguel, op. cit., p. 5.

¹⁸ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, op. cit., pp. 23-26.

los órganos judiciales ordinarios y paralelo a los restantes órganos constitucionales, cuyas resoluciones tuvieran efectos *erga omnes*, de forma tal que lo erigiera como un legislador negativo. Sobre este punto, cabe señalar 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.”¹⁹

Después del esbozo general arriba planteado, estamos en condiciones de entrar de lleno al estudio de éstos dos sistemas de control de la constitucionalidad.

Como ya se ha señalado con anterioridad, Schmitt fue uno de los juristas que por primera vez postuló la idea de que el defensor de la Constitución debía ser un órgano de naturaleza política, esgrimiendo como uno de sus principales argumentos para no encomendar tan importante función a un ente de naturaleza judicial, en que ello implicaría politizar a la justicia.

Carl Schmitt externaba su pensamiento de la siguiente manera: “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 asimismo como protector de la Constitución del Reich.”²⁰ A lo anterior, agregaba 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

¹⁹ Gil Rendón, Raymundo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, FUNDAP, 2004, p. 26.

²⁰ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, op. cit., p. 30.

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).²¹

Y concluía su argumentación de la siguiente manera:

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 más 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, más 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, porque 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.²²

Notamos de las líneas extraídas del libro “La defensa de la Constitución” que la idea de Schmitt al defender el control por un órgano político, era la instauración de un poder neutral que funcionara paralelamente con los restantes órganos constituidos, en un carácter no de superioridad sino de coordinación, pero con determinadas atribuciones especiales que le permitieran garantizar el correcto desempeño constitucional de los poderes estatales.

²¹ *Ibidem*, pp. 31-32.

²² *Ibidem*, pp. 213-214.

Las características que la doctrina ha sostenido como propias del sistema de control de la constitucionalidad llevado a cabo por un órgano político, son las siguientes²³:

1. La preservación de la Ley Fundamental se encomienda a un órgano distinto de aquellos en quienes se depositan los tres poderes del Estado.
2. La petición de inconstitucionalidad corresponde a los órganos estatales.
3. Ante el órgano de control no se lleva a cabo un procedimiento contencioso.
4. Las declaraciones sobre inconstitucionalidad tienen efectos generales.

Manuel Aragón agrega como características del control político, ser subjetivo, es decir, que no existe un parámetro fijo de valoración, sino que éste descansa en la libre apreciación realizada por el órgano controlador, en segundo lugar, que éste tipo de control se basa en razones políticas, de oportunidad, y finalmente, su carácter voluntario, es decir, el órgano correspondiente puede ejercer su facultad controladora de manera oficiosa, sea o no requerido para ello, y el resultado negativo de la valoración no implica, necesariamente, la emisión de una sanción, salvo que exista un ordenamiento que prevea lo contrario.²⁴

El sistema de control de la constitucionalidad por órgano político, y concretamente el diseñado por Carl Schmitt, ha sido fuertemente criticado, ya que ayudó a la consolidación del régimen nazista en Alemania.

1.3 El control de la constitucionalidad por órgano jurisdiccional

El control de la constitucionalidad por órgano jurisdiccional, puede encontrar una división más, ya sea que la función controladora se lleve a cabo por un solo órgano autónomo y especializado, o bien que se lleve a cabo por todos los jueces, sin importar las cuestiones relativas a su competencia o a su nivel jerárquico dentro de la estructura judicial de un país. Al primer supuesto se le conoce como

²³ Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 41ª ed., México, Porrúa, 2006, p. 155.

²⁴ Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 136.

sistema concentrado y al segundo como sistema difuso, ambos son diametralmente opuestos entre sí, pero comparten la característica de que tanto en uno como en otro, la autoridad encargada de verificar la regularidad constitucional de los actos de los detentadores del poder público, es de naturaleza judicial.

En términos generales, el control llevado a cabo por órgano jurisdiccional presenta los siguientes elementos característicos²⁵:

1. La protección constitucional se confiere a un órgano de naturaleza judicial.
2. La petición de inconstitucionalidad puede llevarla a cabo cualquier gobernado.
3. Ante el órgano judicial controlador se substancia un procedimiento contencioso.

El ya citado Manuel Aragón, dice además, que el control jurídico es objetivo, porque tiene como parámetro o canon de control, a la norma, preexistente e indisponible, luego, este control se basa en razones jurídicas sometidas a reglas de verificación y finalmente, es necesario, pues el órgano controlador puede ejercer sus funciones, únicamente cuando es instado o requerido para ello y necesariamente ha de emitir la sanción correspondiente, que consistirá en la anulación o inaplicación de la norma controlada.²⁶

A continuación veremos de forma particular cada uno de los subsistemas arriba enunciados.

a) El sistema concentrado. Como antes lo hemos señalado, este sistema fue implementado por Hans Kelsen, por ello, es que también se le conozca como austriaco, kelseniano o europeo. Sobre el particular, el ahora ministro de la Suprema Corte Arturo Zaldívar Lelo de Larrea señala que:

En Europa, la justicia constitucional –quizá la parte más importante y dinámica de la defensa de la Constitución–, es un fenómeno que nace en este siglo con la Corte Austriaca de 1920, inspiración del ilustre Hans Kelsen. La facultad controladora

²⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio, op. cit., pp. 155-156.

²⁶ Aragón, Manuel, op. cit., p. 136.

significaba la aceptación de un principio, novedoso por aquellas tierras, consistente en que el órgano legislativo estaba sujeto a límites, a través de una *legalidad superior*, aplicada por una Corte Constitucional. El desarrollo posterior de este principio exigió el reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, vinculante para todas las Autoridades del Estado.²⁷

No obstante lo manifestado por el Ministro Lelo de Larrea, para algunos, la idea de una jurisdicción constitucional no fue una aportación original del genio austriaco, pues tal idea ya brillaba en las constituciones austro-húngara y alemana de finales del siglo XIX. Así, Pablo Pérez Tremps dice que:

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.²⁸

Si bien es cierto que el sistema kelseniano tuvo sus fuentes de inspiración en otras instituciones predecesoras, consideramos que nadie podría negar el mérito de este jurista al idear, o por lo menos perfeccionar, lo que conocemos como el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, y el éxito que este ha tenido en el mundo, sobre todo en Europa, y más recientemente en América Latina.

Ahora bien, la idea principal de este sistema gira en torno a la creación de un tribunal especializado, *ad hoc*, (Tribunal Constitucional) encargado de verificar de manera excluyente, es decir, sólo él, los actos o conflictos de índole meramente constitucional, teniendo sus resoluciones efectos generales o *erga omnes*, de tal manera, que se erija como un legislador negativo.

A pesar de lo anterior, este tribunal no elimina a los tribunales ordinarios, los cuales pueden seguir conociendo los asuntos de su competencia originaria, de

²⁷ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, op. cit., p. 45.

²⁸ Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, México, Porrúa, 2005, pp. 31-32.

ahí, que también surgiera la distinción entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional.

Así las cosas, Hans Kelsen manifestaba -como respuesta a las argumentaciones de Schmitt- que la función de verificar la constitucionalidad de los actos debía ser atribuida a un órgano de naturaleza jurisdiccional, el cual era precisamente el Tribunal Constitucional, aduciendo además, que el argumento esgrimido por Schmitt, en el sentido de que encomendar ésta función a órganos jurisdiccionales era tanto como "*politizar a la justicia*", era un mero pensar ideológico, de lo que se trataba era de "*judicializar a la política*".

La idea de Kelsen al encomendar esta función a un órgano *ad 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 sometían al discernimiento de un juez en materia civil o penal, eran distintas de aquellas controversias que se podían presentar en el caso de 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 defensa y salvaguarda de la Constitución.²⁹

De manera específica, se ha dicho que las características particulares del sistema concentrado son³⁰:

1. El control de la constitucionalidad es ejercido por un solo tribunal.
2. Se ejerce por la vía principal, de acción o directa.
3. Los efectos de sus resoluciones son generales.
4. No aplica el principio de *stare decisis*.

²⁹ Cfr. Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., pp. 35-37.

³⁰ Cfr. Covián Andrade, Miguel, op. cit., p. 47 y Racipe Salazar, Manuel Víctor, op. cit., p. 71.

5. El tribunal constitucional emite una sentencia que es obligatoria para todos los casos futuros.

Para otros, lo que caracteriza a este sistema es su carácter concentrado, principal, general y constitutivo.³¹ Es concentrado porque a un solo órgano le corresponde determinar si una ley o un acto es o no inconstitucional; es principal, porque el punto jurídico a resolver no deriva de una controversia anterior, sino que es la controversia misma; es general, en tanto que los efectos de las resoluciones dictadas dentro de este sistema, son generales también, a tal grado que pueden desembocar no solamente en la inaplicación o desaplicación de la norma, sino en la desaparición de la misma, finalmente, es constitutivo porque crea una nueva situación jurídica diversa a la antes existente y con miras hacia el futuro.

b) El sistema difuso. Este sistema tiene sus orígenes en Estados Unidos, su premisa básica consiste en dotar a todos los jueces, sin importar su rango ni su ámbito competencial, de la facultad para preferir la aplicación inmediata de la Constitución, cuando alguna norma secundaria es contraria a sus postulados. Al actuar de esta manera, el Poder Judicial no se coloca por encima del Poder Legislativo, sino más bien, se erige como defensor de la voluntad del pueblo. Por ello, cuando se hallan en pugna la voluntad del pueblo, materializada en la Constitución, con la voluntad del legislador, reflejada en las leyes secundarias, el juez debe preferir la aplicación de la primera sobre las segundas.

No resultaría posible hacer un análisis serio sobre el sistema difuso, sin hacer referencia expresa a tres documentos de inigualable valor y trascendencia, pues es en ellos, en los que se explica la esencia del sistema mismo, nos referimos a “El Federalista”, a la sentencia del juez Marshall de 1803, y a la “Democracia en América”, de Alexis de Tocqueville, por ello, en las páginas siguientes realizaremos un breve análisis de estos documentos históricos, pues de esta manera comprenderemos mejor al sistema que nos ocupa.

³¹ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, op. cit., pp. 46-47.

El Federalista. El *Federalista* es una obra colectiva compuesta de la unión de diversos artículos escritos entre octubre de 1787 y mayo de 1788³² en diarios de Nueva York por Hamilton, Madison y Jay, los cuales tenían como único y compartido propósito el defender la nueva Constitución³³. Comenta Richard C. Schroeder, que esta obra es el tratado de filosofía política y práctica gubernamental más importante de toda la historia de los Estados Unidos, comparada incluso con *La República* de Platón, *La Política* de Aristóteles o el *Leviatán* de Hobbes.³⁴

Por lo que hace al departamento judicial, son seis artículos numerados del 78 al 83, escritos todos ellos por Hamilton, en los cuales se plasman los elementos esenciales que debían estar presentes en la composición del poder judicial en el sistema federal. De los seis artículos antes referidos, es sin duda el primero de ellos el más importante y el que mayor belleza representa. Decimos lo anterior, pues es en ese texto en el cual se sientan las bases doctrinales de la revisión judicial.

Hamilton inicia su ensayo (el número 78) señalando que aún los detractores del proyecto de la convención están seguros de algo: la urgencia y la necesidad de contar con una judicatura federal, luego entonces, las únicas cuestiones que quedaban por dilucidar, es el modo de constituirla y la amplitud de sus facultades³⁵.

³² *Ibidem*. p. 42.

³³ Sobre la importancia de esta obra, el maestro Emilio O. Rabasa señala lo siguiente: “Una serie de célebres ensayos contenidos en un periódico llamado *El Federalista* que realizaron Hamilton, Madison y Jay bajo el seudónimo de “Publio”, lograron la tan ansiada ratificación. Ochenta y cinco trabajos, de un alto contenido reflexivo, explicaron la conveniencia de la aprobación de la Constitución. Todavía publicistas, teóricos e investigadores del constitucionalismo estadounidense contemporáneos, consultan estos trabajos, que son considerados una exégesis constitucional notable.” Rabasa, Emilio O., *Las constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México*, México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 43.

³⁴ Cfr. Schroeder, Richard C., *Perfil del gobierno norteamericano*, México, Servicio Informativo y Cultural de los Estados Unidos, 1990, p. 36.

³⁵ Inclusive Marie France Toinet, nos comenta que: “Los constituyentes establecieron así un control de constitucionalidad...No había, sin embargo, unanimidad acerca de la institución que se encargaría de ello. En los debates constituyentes, el Congreso, la presidencia, incluso los mismos estados fueron considerados uno por uno. No obstante, el judicial será la institución que obtendrá más sufragios: según estudios de Charles Beard y Edward Corwin, habrían votado en su favor entre 25 y 32 constituyentes.”. Marie France Toinet, *El sistema político de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 65-66.

Nuestro autor señala que la manera de constituirla –a la judicatura federal– abarcaba los siguientes puntos: 1. El modo de nombrar a los jueces; 2. El tiempo que deben durar en sus puestos y las causas para ser removidos de ellos, y 3. La distribución de la autoridad judicial entre los distintos tribunales y las relaciones de éstos entre sí. Para efectos del presente trabajo nos detendremos en el segundo punto.

Para Hamilton, los jueces debían conservar sus puestos mientras observaran buena conducta, según él, la garantía más eficaz de la independencia de los jueces era la permanencia y la estabilidad en sus encargos, sin embargo, agregaba que la independencia completa de los tribunales de justicia era además necesaria e indispensable en una Constitución limitada. La Constitución limitada para Hamilton, era aquella que establecía limitaciones expresas a la autoridad legislativa. A continuación nos permitimos citar textualmente las palabras de Hamilton, para no atenuar la belleza de su contenido:

La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes *ex post facto* y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta.³⁶

Es precisamente en la parte final de la cita previa en la cual encontramos la esencia de la revisión judicial, es decir, la facultad de los jueces para declarar nulos todos los actos contrarios a la Constitución.³⁷

³⁶ Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista o la nueva Constitución*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 339.

³⁷ Algunos tratadistas han señalado que la idea de la revisión judicial no es una aportación directa del constitucionalismo estadounidense, pues ya en Inglaterra el juez Edward Coke había emitido importantes resoluciones en un sentido similar. Concretamente en 1610, en el caso del doctor Thomas Bonham, Coke se había pronunciado en el sentido de que todos los actos del legislador contrarios a los principios del *common law*, eran nulos, repugnantes y por ende, no podían ser aplicados. En ese sentido, García Belaunde señala 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.

A pesar de la claridad de la tesis de Hamilton, algunos de sus contemporáneos no veían con buenos ojos la idea de que el poder judicial tuviera la potestad para declarar nulos los actos del legislador e inclusive los decretos del gobierno, pues en su opinión, tal circunstancia significaría situar al poder judicial por encima del poder legislativo.

Para responder la postura antes señalada, Hamilton esgrimió uno de los razonamientos más pulcros que la doctrina constitucional estadounidense ha aportado al mundo, y que aún hoy en día sigue teniendo vigencia cuando se trata de defender la supremacía de la ley de leyes, las palabras que utilizó uno de los padres de la primera Constitución federal son del tenor literal siguiente:

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 aquello que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben...No es admisible 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 ésta última dentro de los límites asignados a su 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 ocurre 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 que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del

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, esta 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 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.” García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, México, FUNDAP, 2004, p. 29.

pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primera.³⁸

Es precisamente el texto citado con antelación, el icono que enarbola la verdadera función de los jueces en el sistema federal de Estados Unidos: la revisión judicial. Sin embargo, para algunos “La declaración de Hamilton era audaz por considerar una Constitución todavía bastante controvertida como encarnación de la voluntad general.”³⁹.

Pero Hamilton en “El Federalista”, apenas había puesto el primer ladrillo en el gran muro de la actividad judicial que con el tiempo se llegaría a construir. Años más tarde, otro gran jurista estadounidense tomando como base las palabras de Hamilton, señalaba que es al juez a quien correspondía verificar que las leyes estuvieran acordes a la Constitución, afirmación que plasmó en uno de los fallos más importantes en la historia judicial del país vecino, el conocido como *Marbury Vs. Madison*.

La sentencia del juez Marshall en el caso Marbury Vs. Madison. Si bien la obra de “El Federalista”, fungió como el sustento doctrinal de la revisión judicial, es dable sostener que su fundamento jurídico-político⁴⁰ lo encontró en 1803, cuando el juez John Marshall dictó su paradigmático fallo en el caso conocido como *Marbury Vs. Madison*.

En efecto, si bien “El control de constitucionalidad era deseable, pero la Constitución no lo reconoció explícitamente ni lo admitió: aún faltaba que alguien se apoyara de él y lo afirmara. Es el Tribunal Supremo el que habrá de adjudicárselo”⁴¹, a través de la Sentencia de John Marshall.

La transición de la *judicial review* de la doctrina a la actividad jurisdiccional, es descrita de manera brillante por Richard A. Watson, el cual sostiene:

³⁸ Hamilton, Madison y Jay, op. cit., p. 332.

³⁹ France Toinet, Marie, op. cit., p. 66.

⁴⁰ Incluso el maestro Antonio Carrillo Flores ha manifestado que en la sentencia de *Marbury vs. Madison*, Marshall “...actuó como jurista, sí, pero acaso más como político y correligionario de Hamilton.”. Carrillo Flores, Antonio, *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1981, p. 89.

⁴¹ France Toinet, Marie, op. cit., p. 67.



Aunque los puntos de vista de Hamilton eran expresados en forma franca y audaz, únicamente eran los de él y no obligaban a nadie más. El problema sólo podría ser resuelto definitivamente por los funcionarios públicos. Le tocaba a la Suprema Corte misma establecer su facultad de revisión judicial ejerciendo realmente esa prerrogativa. Eso fue lo que hizo en el famoso caso de *Marbury* contra *Madison*, resuelto por el Presidente del Tribunal John Marshall en 1803.”⁴²

El entorno, las causas y las consecuencias del fallo de Marshall son las siguientes. Transcurría el año de 1800, las elecciones federales estaban a punto de llevarse a cabo. Concluido el proceso electoral, los Federalistas –que hasta el momento ocupaban los puestos clave en el poder- sufrieron un revés por parte del electorado. Ahora los Republicanos tomarían las riendas del gobierno.

Ante tal panorama, el Presidente de los Estados Unidos John Adams – Federalista-, en un intento un tanto desesperado por fortalecer el único poder que aún le quedaba, ordenó la creación de nuevas magistraturas de circuito y nuevos juzgados de paz en el Distrito de Columbia, 42 para ser exactos. Dicho proyecto fue aprobado por el Congreso, también Federalista. En los últimos días de su encargo como Presidente del país del norte, Adams procedió a nombrar a los nuevos integrantes de la judicatura federal, en lo que se conoció como nombramientos de media noche, porque fue precisamente cerca de esa hora, del día 3 de marzo de 1801, cuando los llevó a cabo.

A pesar de lo anterior, conforme al procedimiento legalmente establecido, todos los nombramientos hechos por el Presidente, para ser válidos, debían ser autorizados por el Secretario de Estado, que a la postre era precisamente John Marshall, y quien posteriormente fungiría como presidente del máximo tribunal. Por la premura en que se desenvolvía el artificio jurídico puesto en marcha, Marshall no alcanzó a autorizar todos los nombramientos, entre ellos, el del designado juez de paz William Marbury.

Las funciones de los Federalistas cesaron al fin, y fueron sustituidos por los Republicanos, en la Presidencia Adams fue relevado por Thomas Jefferson (primo y enemigo político del propio Marshall), y en la Secretaría de Estado, Marshall

⁴² Watson Richard A., *Democracia americana logros y perspectivas*, México, LIMUSA, 1898, p. 475.

cedió el lugar a James Madison. Estos nuevos funcionarios se negaron a autorizar los nombramientos que habían quedado pendientes, conscientes de que habían sido diseñados como una estrategia política por parte de los Federalistas.

Inconforme con esta decisión, William Marbury decidió apelar la protección de la Corte Suprema, a quien solicitó la emisión de un *writ of mandamus*, mecanismo jurídico por medio del cual una autoridad judicial podía ordenar a cualquier funcionario federal, a ejecutar un acto respecto del cual se resistía pero que estaba obligado a cumplir, fundando Marbury su demanda en la *judiciary act* de 1789, ordenamiento legal que otorgaba a la Corte Suprema la facultad para emitir ese tipo de mandamientos.

La anterior circunstancia colocó a Marshall en un enorme dilema:

Si el (y el resto de los jueces federalistas de la Corte) resolvían que Marbury tenía derecho al cargo, su enemigo político, el Presidente Jefferson, podía ordenarle simplemente a Madison que no entregara el nombramiento lo cual serviría para demostrar que la judicatura no podía hacer cumplir sus mandatos. Por otra parte, el hecho de decidir que Marbury no tenía derecho al puesto, justificaría la afirmación de Jefferson y Madison, de que los nombramientos de media noche eran indebidos por principio de cuentas.⁴³

La manera en que Marshall resolvió el problema antes referido, le ha merecido enormes elogios, a tal grado que su sentencia se ha considerado como la más importante en toda la historia judicial de Estados Unidos, no tanto por el problema jurídico que resolvió -pues sin duda posteriormente han existido muchos otros fallos de mayor trascendencia, como por ejemplo, en los que la Corte se tuvo que pronunciar sobre el aborto, sobre la pena de muerte, o sobre la segregación racial, en la que echó por tierra la doctrina de *separados pero iguales*, etcétera-⁴⁴ sino por las consecuencias jurídicas que su fallo tuvo en todo el sistema jurídico-político estadounidense.

⁴³ *Ibidem*, pp. 476-477.

⁴⁴ Para conocer un poco más de estos asuntos Cfr. Séroussi, Roland, *Introducción al derecho inglés y norteamericano*, España, Ariel, 1998, pp. 99-103.

La sentencia de Marshall se basó en tres interrogantes básicas: ¿Tiene Marbury derecho a su nombramiento?, en caso de que sí haya tenido derecho a su nombramiento ¿Existe algún remedio legal para reparar la violación? y ¿Es la Corte Suprema competente para otorgar ese remedio?⁴⁵

Por lo que hace a la primera pregunta, Marshall señaló que Marbury sí tenía derecho a su nombramiento, en cuanto a la segunda, sostuvo que sí existía un remedio legal, que era el *writ of mandamus*, pero al dar respuesta a la tercera interrogante, adujo que la Corte no era competente para otorgar ese remedio. El argumento que utilizó, es precisamente el que vino a confirmar la revisión judicial como facultad de los jueces en los términos en que Hamilton ya lo había señalado, es decir, la posibilidad de que los jueces pudieran declarar nulos todos los actos contrarios a la Constitución.

Marshall dijo que la competencia originaria de la Corte Suprema estaba consagrada en el artículo III de la Constitución Federal, la cual únicamente le reservaba para conocer de inicio, los asuntos en que estuviesen involucrados los embajadores, ministros, cónsules, y aquellos en que una entidad federativa fuese parte, luego, que en la *judiciary act*, el Congreso había ampliado la competencia originaria de la Corte, al señalar que el *writ of mandamus* le correspondía otorgarlo a ella, por lo que, al ir más allá de los imperativos constitucionales, la *judiciary act* resultaba anticonstitucional y por ende inaplicable.

Por primera vez, la Corte Suprema en ejercicio de la *judicial review*, declaraba anticonstitucional una ley del Congreso. La sentencia en estudio, más que sacar a Marshall del problema político antes señalado, sentó las bases para que los jueces pudieran invalidar los actos de los funcionarios públicos, cuando fueren contrarios a la Constitución.

A.E. Dick Howard, sobre la sentencia del juez Marshall señala lo siguiente:

⁴⁵ Para conocer el texto íntegro en español de la sentencia de Marshall Cfr. González Oropeza, Manuel, *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, pp. 109-133, reproducida a su vez de la Revista Mexicana de Derecho Público, vol. 1, núm. I, julio-septiembre de 1946, tomo III, pp. 317-343.

En el sistema federal, fue el juez presidente John Marshall quien en el caso *Marbury contra Madison* (1803) sentó las bases de la facultad de revisión judicial de los tribunales. En sus ya célebres palabras, a menudo citadas en casos posteriores, Marshall declaró que “es enfáticamente la jurisdicción y el deber del departamento judicial decir lo que es la ley”. Y ese deber, concluye Marshall, incluye el poder de los tribunales de derogar incluso actos del Congreso si se determina que son contrarios a la Constitución.⁴⁶

Además de la *judicial review*, Marshall en su sentencia de 1803 sentó los pilares en que se sostiene uno de los sistemas del control de la constitucionalidad, me refiero al sistema difuso. Pero además de lo anterior, hizo referencia a otros tres principios esenciales en el constitucionalismo estadounidense, que son en esencia: la supremacía constitucional⁴⁷, la rigidez constitucional y la doctrina del precedente conocida también como *stare decisis*⁴⁸, de ahí la importancia que trajo consigo la sentencia que emanó del asunto *Marbury Vs. Madison*.

Ahora bien, si Marshall en verdad fue influido por “El Federalista”, para normar el criterio que a la postre tomó, es algo que no podemos saber a ciencia cierta, incluso, R.V. Denenberg, señala lo siguiente:

En 1788, el periódico *The Federalist*, abogando por la ratificación de la Constitución propuesta, aseguraba a los ciudadanos que la rama judicial sería la “menos peligrosa” del gobierno pues no tenía ‘fuerza ni albedrío’, ya que solo podía decidir los casos de la ley que le fueran presentados. Los autores de esas predicciones quizá se habrían sorprendido, o tal vez no, en 1803, cuando Marshall, presidente de la Corte Suprema, declaró que ésta tenía la facultad de declarar anticonstitucionales los actos del Congreso.⁴⁹

⁴⁶ Howard, A.E. Dick, ““Decir que es la Ley” el Tribunal Supremo como árbitro de la constitucionalidad”, en: *Temas de la democracia*, Departamento de Estado de Estados Unidos, Abril de 2005, Volumen 10, Numero 2, p. 6.

⁴⁷ Es tan grande la importancia de esta resolución y la influencia que tuvo en los estudiosos de siglos posteriores, que inclusive la mayoría de nuestros constitucionalistas mexicanos, cuando tratan de explicar la supremacía constitucional, recurren a las palabras que utilizó el juez Marshall en 1803, sobre el particular Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La Constitución y su defensa”, en: *La Constitución y su defensa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, p. 38; Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 20ª ed., México, Porrúa, 2009, p. 360, y Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 8ª ed., México, Porrúa, 2003, p. 296.

⁴⁸ El maestro Covián Andrade señala que “Este término es una expresión abreviada de la expresión completa “*stare decisis et non quita muovere*” la cual significa “estar a lo decidido y no mover lo que está establecido”. Cfr. Covián Andrade, Miguel, op. cit., p. 15.

⁴⁹ R.V. Denenberg, *Para entender la política de los Estados Unidos de América*, 2ª ed., México, GERNIKA, 1992, p. 89.

A pesar de lo anterior, y sea cual haya sido la inspiración de Marshall, nosotros consideramos que ambos documentos históricos son eslabones que forman parte de una cadena, la de la revisión judicial.

Pero el fallo de Marshall dejó más dudas que respuestas, pues algunos señalaron que la función de la Corte únicamente quedaba limitada al análisis de las leyes que afectaran o tuvieran relación directa con el poder judicial, como lo era la *judiciary act* de 1789. Fue siete años después (en 1810) cuando la Corte declaró anticonstitucional una ley de un Estado, en el caso denominado *Fletcher Vs. Peck*, y más significativo fue el caso *Dred Scott*, en el que la Corte invalidó una ley del Congreso que nada tenía que ver con la actividad de los tribunales.⁵⁰

Este nuevo sistema pronto comenzó a expandirse y perfeccionarse, y sus efectos o consecuencias llegaron a otros países, en los cuales la idea de que los jueces pudieran anular los actos del legislador por considerarlos contrarios a la Constitución, parecía poco menos que increíble. Lo anterior, atribuible sobre todo a que la mayor parte de los países europeos se había acogido ya la doctrina emanada de la revolución francesa, conforme a la cual, el legislador era el representante directo del pueblo y por tanto, depositario inmediato de la soberanía popular. Además, concretamente en Francia, los jueces por mucho tiempo habían fungido como colaboradores para la instauración y consolidación del régimen napoleónico, de ahí la desconfianza del pueblo francés hacia los hombres de toga. 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*.

Es precisamente el pensamiento imperante en la nación gala, el que impulsó a uno de sus máximos pensadores y analistas (Alexis de Tocqueville), a realizar un viaje a los Estados Unidos, a fin de estudiar el sistema que en éste se estaba desarrollando. El asombro y admiración del político francés por lo que vio en la

⁵⁰ Cfr. Watson, Richard A., op. cit., pp. 476-477.

nueva nación independiente, quedó reflejado en la obra llamada “La democracia en América”.

La Democracia en América. “He creído necesario consagrar un capítulo aparte al Poder Judicial. Su importancia política es tan grande que me ha parecido que sería tanto como disminuirla a los ojos de los lectores hablar de ella brevemente.”⁵¹ Es así como inicia una de las obras que con mayor pureza han logrado describir la importancia y el papel del Poder Judicial en el sistema federal de Estados Unidos: *La Democracia en América*⁵².

Sobre el particular, Juventino Castro expone:

Alexis de Tocqueville, ilustre pensador francés, hace un viaje a nuestro Continente muy especialmente al nuevo país Estados Unidos de América, se sorprende de los nuevos derroteros sociales, políticos y jurídicos que descubre; los contrasta con la situación en Francia –su país–, que analiza profundamente, y para conjuntar sus experiencias escribe en 1834, –al menos el primer tomo– la obra que denomina *La democracia en América...*⁵³.

En dicha obra, Tocqueville expone que lo que más trabajo le cuesta entender a un extranjero cuando llega a la nueva nación de Estados Unidos, es la organización judicial, agrega que no hay, por decirlo de alguna manera, acontecimiento político en el cual no se intente invocar la autoridad del juez.

A pesar de lo anterior, el citado pensador francés señaló que los estadounidenses habían depositado en sus jueces las funciones tradicionales, a saber, (1) servir de árbitros, es decir, no poder actuar sino cuando hay un litigio, cuando existe un proceso que deban resolver; (2) dictar sus pronunciamientos sobre casos particulares y no sobre principios generales, y (3) no poder actuar sino cuando se acude a ellos, esto es, cuando se les somete una causa, sin embargo, añade Tocqueville, el juez estadounidense está revestido de un inmenso

⁵¹ De Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, 2ª ed., [trad. Luis R. Cuellar], México, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 106.

⁵² El maestro Héctor Fix-Zamudio señala que “La primera edición en francés de dicha obra fue publicada en París en 1835, año en que apareció una traducción en inglés por Henry Reeve, *Democracy in America*.”. Cfr. Fix- Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, op cit., p. 258. (Nota al pie de página 548).

⁵³ Castro y Castro, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, 4ª ed., México, Porrúa, 2001, pp. 1-2.

poder político, ¿A qué se debe esto? pregunta el político francés, y él mismo responde con una frase que ha quedado para la historia, y que encierra la verdadera esencia de la función judicial en los Estados Unidos: “La causa está en este solo hecho: los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más bien que sobre las leyes. En otros términos, le han permitido no aplicar las leyes que les parecen anticonstitucionales.”.⁵⁴

Así las cosas, dice Tocqueville, cuando ante un juez estadounidense se invoca una ley, éste tiene la facultad para no aplicarla por considerarla contraria a la Constitución, y es precisamente de esa decisión de donde emana un gran poder político, porque desde el momento en que el juez se rehúsa a aplicar una ley, ésta al instante pierde gran parte de su fuerza moral, en tanto que los ciudadanos se percatan de que existe un remedio para no quedar vinculados por una ley que ha lesionado sus derechos, multiplicándose así los procesos judiciales, luego, o el pueblo cambia su Constitución, o el legislador anula esa ley.

Sin embargo, señala Tocqueville, al dictar el juez estadounidense su fallo sólo sobre un interés individual, la ley no se siente herida más que por casualidad, disminuye sí su fuerza moral, pero su fuerza material no se suspende, sólo poco a poco y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia, la ley llega a sucumbir al fin.

La obra de Tocqueville fue tan importante e influyente, que inclusive fue fuente de inspiración para la creación de nuestro juicio de amparo.⁵⁵

En conclusión, el sistema difuso de control de la constitucionalidad se caracteriza por los siguientes puntos⁵⁶:

1. El sistema es difuso porque cualquier juez puede controlar la constitucionalidad de las leyes y actos, esto es, el control está disperso en todos los jueces.

⁵⁴ De Tocqueville, Alexis, op. cit., p. 107.

⁵⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2ª ed., México, Porrúa, 1999, p.193, y para ver una comparación entre el texto de Tocqueville y la exposición de motivos que Rejón hace en la Constitución yucateca, Cfr. Luis Ortiz, Noé, “El sistema mixto de control de la constitucionalidad en México”, *Jurisdictio*, México, año 7, núm. 25, 2009, pp. 75-87.

⁵⁶ Cfr. Covián Andrade, Miguel, op. cit., pp. 15-17.

2. Generalmente se plantea por vía de excepción, o sea, el conflicto de constitucionalidad deriva de un proceso previo principal.
3. Los efectos de las resoluciones tiene efectos relativos o particulares.
4. Rige el principio de la doctrina del precedente.
5. Una corte suprema emite jurisprudencia obligatoria para los demás jueces.
6. En el sistema difuso se emplea un único mecanismo de control, el amparo unitario o disgregado en *habeas corpus*, *habeas data*, etcétera.

1.4 El control previo y el control represivo o reparador

En este rubro se tiene como propósito primario dejar bien claras las diferencias que existen entre un control de la constitucionalidad represivo, reparador o *ex post*, y uno previo, preventivo o *ex ante*.

Ya a mediados del siglo veinte Hans Kelsen manifestaba -al defender su idea de un tribunal constitucional- que la existencia de un tribunal independiente de los demás poderes públicos, implicaba también la existencia de elementos técnicos necesarios para garantizar la regularidad de los actos estatales. Esas garantías, decía Kelsen, podían ser *preventivas* o *represivas*. En cuanto a las preventivas, señalaba el autor austriaco, son aquellas que propenden a prevenir actos irregulares, mientras que las represivas, se ejecutan una vez consumado el acto irregular y tienden a reparar el daño producido.⁵⁷

En el contexto anterior, es importante señalar que todos los mecanismos de control de la constitucionalidad que imperan en nuestro ordenamiento jurídico, tienen la cualidad de ser de carácter represivo o reparador, en tanto que actúan cuando el acto que se estima atentatorio del orden constitucional ya se ha llevado a cabo, por ende, la finalidad que en el mejor de los casos puede alcanzarse con ellos, consiste en reparar la violación que se ha cometido a la Constitución.

⁵⁷ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Elementos de Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., p. 34.

Contrario *sensu*, los mecanismos preventivos tienen como finalidad prevenir violaciones al pacto fundamental, es decir, examinar la constitucionalidad de los actos del poder público con anterioridad a que nazcan a la vida jurídica, con el evidente beneficio de que todos los actos que sean contrarios al orden constitucional, no podrán, bajo ninguna circunstancia, ser emitidos o aprobados por los órganos correspondientes.

Esta distinción trata de ser explicada por el autor Manuel Víctor Racipe de la siguiente manera:

En cuanto al momento en que se ejerce el control, éste puede ser previo o posterior. Se habla de un control previo o *a priori* para referirse a aquel que se establece con carácter preventivo, como las cláusulas de rigidez, que exigen para reformar la Constitución o un procedimiento especial. Lo que se conoce como control *a posteriori* o correctivo es el que se ejerce cuando se ha presentado una violación a la Constitución y en necesario reparar el daño mediante la anulación de la Ley o el acto inconstitucional.⁵⁸

Consideramos que el ejemplo propuesto por el citado autor para explicar al control preventivo, no es del todo acertado. Si bien es cierto que las mayorías calificadas o los procedimientos dificultados de reforma constituyen una especie de control (al que algunos han identificado como el autocontrol de constitucionalidad, lo cual desde nuestro punto de vista tampoco es correcto), se inclinan más hacia un control político llevado a cabo por órganos de igual naturaleza, en el que si bien se puede impedir la aprobación de una nueva norma o de una reforma al texto vigente, las causas no obedecen necesariamente a cuestiones jurídicas o de constitucionalidad, esto es, pueden ser meras razones políticas o de oportunidad, las que impidan la aprobación del texto y por ende su nacimiento a la vida jurídica, y esto, desde nuestro punto de vista, no es un control preventivo de constitucionalidad.

Así pues, un control posterior que puede ser aplicado cuando los tratados internacionales ya forman parte del ordenamiento jurídico de un Estado -por haber cumplido las formalidades previstas en la propia Constitución-, al ser susceptibles

⁵⁸ Racipe Salazar, Manuel Víctor, op. cit., p. 55.

de revisión judicial, reconoce implícitamente el posible conflicto entre el tratado vigente y la Constitución, con lo cual, la finalidad de los mecanismos que en su contra puedan hacerse valer para cuestionar su constitucionalidad, vendrían a reparar la violación que se ha cometido al pacto federal con la entrada en vigor de una norma que le es contraria.

El control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, implicaría que antes de su aprobación fueran revisados por el órgano jurisdiccional facultado constitucionalmente para ello, a fin de verificar si son compatibles o no con la Constitución. Esto evitaría en gran medida la inconstitucionalidad de un proyecto de tratado internacional que hubiera sido negociado por el Presidente de la República, que de otro modo, si entrara al ordenamiento jurídico interno, podría haber sido declarado inconstitucional. Como se ve, la finalidad en este caso no es reparar la violación, sino prevenir la misma, a través de un examen *a priori* de su constitucionalidad.

Humberto Nogueira Alcalá dice que este tipo de control “...es un sistema a través del cual el tribunal o corte constitucional concreta la revisión del contenido de un proyecto de precepto legal o de reforma constitucional, como de un tratado, para determinar su conformidad con los valores, principios y reglas establecida por la Constitución antes de integrarse al ordenamiento jurídico.”⁵⁹

1.5 Mecanismos de control de la constitucionalidad de los tratados internacionales en México

Dos son los mecanismos idóneos que se han implementado en nuestro ordenamiento jurídico para cuestionar la regularidad constitucional de los tratados internacionales, nos referimos al juicio de amparo y a las acciones de inconstitucionalidad, aun cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido de que a través de las controversias constitucionales

⁵⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, “Las competencias de los tribunales constitucionales en América del Sur”, Revista Ius et Praxis, 2002, volumen 8, número 2, página 6.

también se puede cuestionar la constitucionalidad de los referidos actos en la jurisprudencia que dice:

TRATADOS INTERNACIONALES. SON NORMAS GENERALES Y, POR TANTO, SON IMPUGNABLES EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. 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.⁶⁰

A pesar de lo anterior, en el presente trabajo de investigación nos limitaremos a analizar los dos primeros mecanismos de control de la constitucionalidad.⁶¹

1.5.1 Las acciones de inconstitucionalidad

Las acciones de inconstitucionalidad fueron instauradas por primera vez en nuestro sistema jurídico, a raíz de las reformas constitucionales de 1994, pero tomó su fuente de inspiración en algunos sistemas europeos en los que para ese año ya tenían una tradición bastante arraigada.

⁶⁰ 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.

⁶¹ Para abundar más sobre las controversias constitucionales Cfr., Cossío Díaz, José Ramón, *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008; Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Controversia sobre controversia. Discusión en torno al alcance de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en controversias constitucionales*, 3ª ed., México, Porrúa, 2004, así como Baltazar Robles, Germán Eduardo, *Controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad*, México, Ángel Editor, 2002.

La acción de inconstitucionalidad surge como un mecanismo a través del cual las minorías parlamentarias pudieran impugnar las decisiones tomadas por las mayorías, sin embargo, al establecerlas en nuestro país se desnaturalizó su origen, pues se dio legitimación activa a órganos que nada tienen que ver con la conformación parlamentaria, como al Procurador General de la República, o a las dirigencias nacionales o locales de los Partidos Políticos para impugnar leyes electorales.

Por otro lado, 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.

Antes de entrar de lleno al estudio de las acciones en comento, conviene aclarar que en este apartado se señalarán sólo algunas generalidades de este mecanismo, enfocado principalmente a los tratados internacionales, pues un estudio más detallado superaría por mucho los alcances de este trabajo, y se desviaría la atención del tema principal.⁶²

Para iniciar con el estudio del mecanismo de control que nos ocupa, estimamos prudente citar el texto constitucional del cual emana, es decir, la fracción II del artículo 105 del código supremo, que dice:

ARTICULO 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

...

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

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;

⁶² Para abundar más sobre las acciones de inconstitucionalidad Cfr., Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, Baltasar Robles, Germán Eduardo, op. cit.; Suprema Corte de Justicia de la Nación, *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?*, 2ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.

- 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;

El primer aspecto a comentar, es que el único competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad, es el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Del mismo modo, hay que resaltar que según el artículo 105, fracción II, tres son los órganos que tienen legitimación para cuestionar la constitucionalidad de los tratados internacionales a través de la acción de inconstitucionalidad, a saber, el 33% de los integrantes de la Cámara de Senadores, 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 antes invocado.

Robustecen lo anterior, los siguientes criterios jurisprudenciales:

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 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.*⁶³ (Énfasis propio).

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.⁶⁴

⁶³ Instancia Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Novena Época, tesis: P./J.7/2007, Mayo de 2007.

⁶⁴ Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, Novena Época, Tesis: P./J.98/2001, Septiembre de 2001.

Por otro lado, el término para interponer la acción de inconstitucionalidad en contra de un tratado internacional, es de 30 días naturales siguientes a aquel en que se haya publicado en el medio oficial, tal como se desprende de la fracción II del numeral 105 de la Constitución en el que se establece que: “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, primer párrafo que: “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.”

Ahora bien, una de las cuestiones más importantes de éste medio procesal de tutela constitucional, son los efectos de las sentencias. En efecto, hasta antes de la implementación 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: “Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos.”⁶⁵

En el contexto anterior, cabe señalar que en México existen disposiciones en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que asumen un control de constitucionalidad posterior y que reconoce la posible contradicción

⁶⁵ Un problema existente en nuestro sistema de control de la constitucionalidad desde 1994, es que no se ha podido comprender que los efectos de las resoluciones no deben depender del número de votos con el que se apruebe una resolución, sino de la naturaleza del acto que se combate.

entre un tratado internacional y la Constitución, estableciendo la facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de declarar la invalidez de los tratados internacionales (artículo 105, fracción II, incisos b), c) y g) de nuestra Constitución), siempre que las resoluciones que declaren la invalidez de una norma con efectos generales, como ya se ha dicho, sean aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos de los once posibles, por tanto, es preciso plantearnos la problemática que pudiera surgir de los efectos derivados de una declaración de inconstitucionalidad total o parcial de un tratado, después de que ya ha sido aprobado y forme parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico.

Dicho lo anterior, nosotros consideramos que dicho medio de control es eficaz solamente para impugnar las normas surgidas de los poderes constituidos por nuestro régimen jurídico constitucional, y por ende, los tratados internacionales no deben seguir siendo materia de tal acción, en virtud de que éstos no son preceptos legales propiamente dichos, por tener una naturaleza distinta a las leyes internas de los Estados, recordando que las obligaciones contenidas en los mismos son el resultado del acuerdo de voluntades de dos o más sujetos de Derecho Internacional, por tanto, su cumplimiento no puede ser materia de cuestión por una de las partes, no obstante su carácter soberano, pues esta nota, si bien permite a los estados establecer su orden jurídico interno, no le exime de incurrir en responsabilidad internacional ante sus pares igualmente soberanos, en su otra acepción soberana que no admite sujeción a ningún poder o fuerza externa, por ello se estima que la declaratoria de inconstitucionalidad y por tanto la nulidad de las normas de un tratado internacional sujeto a una acción de inconstitucionalidad, implican una imposición de un Estado a otro.

1.5.2 El juicio de amparo

Durante la realización de este trabajo se publicaron en el Diario Oficial de la Federación importantes reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos



Mexicanos, que vinieron a modificar las bases y principios estructurales del juicio de amparo, circunstancia que motivó la revisión y alteración del presente apartado.

En efecto, en la sesión ordinaria de la Cámara de Senadores del 19 de marzo de 2009, integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional y del Partido de la Revolución Democrática, presentaron una iniciativa con proyecto de decreto para reformar los artículos 94, 100, 103, 104 y 107, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En la Cámara de Diputados se aprobó el texto enviado por la Cámara de origen con menores cambios, rechazando sin embargo, las modificaciones al artículo 100 por virtud de las cuales se ampliaban los supuestos para impugnar las resoluciones del Consejo de la Judicatura Federal.

El 6 de junio de 2011 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las reformas citadas.

Las comentadas reformas constitucionales se vieron reflejadas, entre otros, en los artículos 103 y 107, para quedar en los siguientes términos:

Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa;

II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la

Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.

En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de los conceptos de violación o agravios de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria.

Cuando se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos o a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a los ejidatarios o comuneros, deberán recabarse de oficio todas aquellas pruebas que puedan beneficiar a las entidades o individuos mencionados y acordarse las diligencias que se estimen necesarias para precisar sus derechos agrarios, así como la naturaleza y efectos de los actos reclamados.

En los juicios a que se refiere el párrafo anterior no procederán, en perjuicio de los núcleos ejidales o comunales, o de los ejidatarios o comuneros, el sobreseimiento por inactividad procesal ni la caducidad de la instancia, pero uno y otra sí podrán decretarse en su beneficio. Cuando se reclamen actos que afecten los derechos colectivos del núcleo tampoco procederán desistimiento ni el consentimiento expreso de los propios actos, salvo que el primero sea acordado por la Asamblea General o el segundo emane de ésta;

III. Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:

a) Contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo. En relación con el amparo al que se refiere este inciso y la fracción V de este artículo, el Tribunal Colegiado de Circuito deberá decidir respecto de todas las violaciones procesales que se hicieron valer y aquéllas que, cuando proceda, advierta en suplencia de la queja, y fijará los términos precisos en que deberá pronunciarse la nueva resolución. Si las violaciones procesales no se invocaron en un primer amparo, ni el Tribunal Colegiado correspondiente las hizo valer de oficio en los casos en que proceda la suplencia de la queja, no podrán ser materia de concepto de violación, ni de estudio oficioso en juicio de amparo posterior.

La parte que haya obtenido sentencia favorable y la que tenga interés jurídico en que subsista el acto reclamado, podrá presentar amparo en forma adhesiva al que promueva cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio del que emana el acto reclamado. La ley determinará la forma y términos en que deberá promoverse.

Para la procedencia del juicio deberán agotarse previamente los recursos ordinarios que se establezcan en la ley de la materia, por virtud de los cuales aquellas sentencias definitivas, laudos y resoluciones puedan ser modificados o revocados, salvo el caso en que la ley permita la renuncia de los recursos.

Al reclamarse la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, deberán hacerse valer las violaciones a las leyes del procedimiento, siempre y cuando

el quejoso las haya impugnado durante la tramitación del juicio mediante el recurso o medio de defensa que, en su caso, señale la ley ordinaria respectiva. Este requisito no será exigible en amparos contra actos que afecten derechos de menores o incapaces, al estado civil, o al orden o estabilidad de la familia, ni en los de naturaleza penal promovidos por el sentenciado;

b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan, y

c) Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio;

IV. En materia administrativa el amparo procede, además, contra actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, y que causen agravio no reparable mediante algún medio de defensa legal. Será necesario agotar estos medios de defensa siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos de oficio o mediante la interposición del juicio, recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, con los mismos alcances que los que prevé la ley reglamentaria y sin exigir mayores requisitos que los que la misma consigna para conceder la suspensión definitiva, ni plazo mayor que el que establece para el otorgamiento de la suspensión provisional, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con dicha ley.

No existe obligación de agotar tales recursos o medios de defensa si el acto reclamado carece de fundamentación o cuando sólo se aleguen violaciones directas a esta Constitución;

V. El amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente de conformidad con la ley, en los casos siguientes:

a) En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean éstos federales, del orden común o militares.

b) En materia administrativa, cuando se reclamen por particulares sentencias definitivas y resoluciones que ponen fin al juicio dictadas por tribunales administrativos o judiciales, no reparables por algún recurso, juicio o medio ordinario de defensa legal;

c) En materia civil, cuando se reclamen sentencias definitivas dictadas en juicios del orden federal o en juicios mercantiles, sea federal o local la autoridad que dicte el fallo, o en juicios del orden común.

En los juicios civiles del orden federal las sentencias podrán ser reclamadas en amparo por cualquiera de las partes, incluso por la Federación, en defensa de sus intereses patrimoniales, y

d) En materia laboral, cuando se reclamen laudos dictados por las Juntas Locales o la Federal de Conciliación y Arbitraje, o por el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje de los Trabajadores al Servicio del Estado;

La Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, o del Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos directos que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

VI. En los casos a que se refiere la fracción anterior, la ley reglamentaria señalará el procedimiento y los términos a que deberán someterse los Tribunales Colegiados de Circuito y, en su caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación para dictar sus resoluciones;

VII. El amparo contra actos u omisiones en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra normas generales o contra actos u omisiones de autoridad administrativa, se interpondrá ante el Juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el

informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia;

VIII. Contra las sentencias que pronuncien en amparo los Jueces de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito procede revisión. De ella conocerá la Suprema Corte de Justicia:

a) Cuando habiéndose impugnado en la demanda de amparo normas generales por estimarlas directamente violatorias de esta Constitución, subsista en el recurso el problema de constitucionalidad.

b) Cuando se trate de los casos comprendidos en las fracciones II y III del artículo 103 de esta Constitución.

La Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, o del Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos en revisión, que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

En los casos no previstos en los párrafos anteriores, conocerán de la revisión los tribunales colegiados de circuito y sus sentencias no admitirán recurso alguno;

IX. En materia de amparo directo procede el recurso de revisión en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales, establezcan la interpretación directa de un precepto de esta Constitución u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de los acuerdos generales del Pleno. La materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras;

X. Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones que determine la ley reglamentaria, para lo cual el órgano jurisdiccional de amparo, cuando la naturaleza del acto lo permita, deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del interés social.

Dicha suspensión deberá otorgarse respecto de las sentencias definitivas en materia penal al comunicarse la promoción del amparo, y en las materias civil, mercantil y administrativa, mediante garantía que dé el quejoso para responder de los daños y perjuicios que tal suspensión pudiere ocasionar al tercero interesado. La suspensión quedará sin efecto si éste último da contragarantía para asegurar la reposición de las cosas al estado que guardaban si se concediese el amparo y a pagar los daños y perjuicios consiguientes;

XI. La demanda de amparo directo se presentará ante la autoridad responsable, la cual decidirá sobre la suspensión. En los demás casos la demanda se presentará ante los Juzgados de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito los cuales resolverán sobre la suspensión, o ante los tribunales de los Estados en los casos que la ley lo autorice;

XII. La violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 se reclamará ante el superior del tribunal que la cometa, o ante el Juez de Distrito o Tribunal Unitario de Circuito que corresponda, pudiéndose recurrir, en uno y otro caso, las resoluciones que se pronuncien, en los términos prescritos por la fracción VIII.

Si el Juez de Distrito o el Tribunal Unitario de Circuito no residieren en el mismo lugar en que reside la autoridad responsable, la ley determinará el juez o tribunal ante el que se ha de presentar el escrito de amparo, el que podrá suspender provisionalmente el acto reclamado, en los casos y términos que la misma ley establezca;

XIII. Cuando los Tribunales Colegiados de un mismo Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, el Procurador General de la República, los mencionados tribunales y sus integrantes, los Jueces de Distrito o las partes en los asuntos que los motivaron podrán denunciar la contradicción ante el Pleno del Circuito correspondiente, a fin de que decida la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia.

Cuando los Plenos de Circuito de distintos Circuitos, los Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito o los Tribunales Colegiados de un mismo Circuito con diferente especialización sustenten tesis contradictorias al resolver las contradicciones o los asuntos de su competencia, según corresponda, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los mismos Plenos de Circuito, así como los órganos a que se refiere el párrafo anterior, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, con el objeto de que el Pleno o la Sala respectiva, decida la tesis que deberá prevalecer.

Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo cuyo conocimiento les competa, los ministros, los Tribunales Colegiados de Circuito y sus integrantes, los Jueces de Distrito, el Procurador General de la República o las partes en los asuntos que las motivaron, podrán denunciar la contradicción ante el Pleno de la Suprema Corte, conforme a la ley reglamentaria, para que éste resuelva la contradicción.

Las resoluciones que pronuncien el Pleno o las Salas de la Suprema Corte de Justicia así como los Plenos de Circuito conforme a los párrafos anteriores, sólo tendrán el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectarán las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción;

XIV. Se deroga;

XV. El Procurador General de la República o el Agente del Ministerio Público Federal que al efecto designare, será parte en todos los juicios de amparo; pero podrán abstenerse de intervenir en dichos juicios, cuando el caso de que se trate carezca a su juicio, de interés público.

XVI. Si la autoridad incumple la sentencia que concedió el amparo, pero dicho incumplimiento es justificado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento previsto por la ley reglamentaria, otorgará un plazo razonable para que proceda a su cumplimiento, plazo que podrá ampliarse a solicitud de la autoridad. Cuando sea injustificado o hubiera transcurrido el plazo sin que se hubiese cumplido, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable y a consignarlo ante el Juez de Distrito. Las mismas providencias se tomarán respecto del superior jerárquico de la autoridad responsable si hubiese incurrido en responsabilidad, así como de los titulares que, habiendo ocupado con anterioridad el cargo de la autoridad responsable, hubieran incumplido la ejecutoria.

Si concedido el amparo, se repitiera el acto reclamado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley reglamentaria, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable, y dará vista al Ministerio Público Federal, salvo que no hubiera actuado dolosamente y deje sin efectos el acto repetido antes de que sea emitida la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo podrá ser solicitado por el quejoso al órgano jurisdiccional, o decretado de oficio por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando la ejecución de la sentencia afecte a la sociedad en mayor proporción a los beneficios que pudiera obtener el quejoso, o cuando, por las circunstancias del caso, sea imposible o desproporcionadamente gravoso restituir la situación que imperaba antes de la violación. El incidente tendrá por efecto que la ejecutoria se dé por cumplida mediante el pago de daños y perjuicios al quejoso. Las partes en el juicio podrán acordar el cumplimiento sustituto mediante convenio sancionado ante el propio órgano jurisdiccional.

No podrá archivarse juicio de amparo alguno, sin que se haya cumplido la sentencia que concedió la protección constitucional;

XVII. La autoridad responsable que desobedezca un auto de suspensión o que, ante tal medida, admita por mala fe o negligencia fianza o contrafianza que resulte ilusoria o insuficiente, será sancionada penalmente;

XVIII. Se deroga.

Aunque el segundo artículo transitorio del decreto modificatorio en comento dispuso que el Congreso de la Unión expediría las reformas legales correspondientes dentro de los 120 días posteriores a la publicación, a la fecha la nueva reglamentación en materia de amparo no se ha emitido, por lo cual, consideramos prudente abocarnos al estudio del juicio de amparo como medio de control de la constitucionalidad de los tratados internacionales tal y como funciona en la ley de amparo todavía vigente.⁶⁶

El juicio de amparo puede ser tramitado por medio de dos vías, dependiendo la procedencia de una o de otra, de la naturaleza del acto que se reclama. Cada una de estas vías procesales da un nombre diferente a nuestro juicio constitucional.⁶⁷

Aquel amparo que procede en contra de normas generales, actos definitivos de autoridades administrativas, actos emitidos por autoridades jurisdiccionales fuera de juicio o después de concluido el juicio, actos emitidos por autoridades jurisdiccionales que afecten a terceros extraños a la controversia, actos emitidos por autoridades jurisdiccionales cuya ejecución que pueda ser de imposible reparación sobre las personas o sobre las cosas, aquellas resoluciones que determinen la negativa o el desistimiento del Ministerio Público para el ejercicio de

⁶⁶ Por lo reciente de las aludidas reformas constitucionales la bibliografía es escasa, sin embargo, algunas obras que tratan las modificaciones que en 1999 propuso la Suprema Corte en materia de amparo, y que fueron determinantes en el proyecto finalmente aprobado, ayudarán a comprender y conocer más el nuevo régimen, Cfr., Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, 2º ed., México, Porrúa-UNAM, 2004; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, 4º ed., México, Porrúa-UNAM, 2007.

⁶⁷ Para abundar más sobre el estudio del juicio constitucional Cfr., Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, op. cit.; Góngora Pimentel, Genaro, *Introducción al estudio del Juicio de Amparo*, 22ª ed., México, Porrúa, 2010; Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, op. cit.; Castro y Castro, Juventino V., *Garantías y Amparo*, 10ª ed., México, Porrúa, 1998; Noriega, Alfonso, *Lecciones de Amparo*, 3ª ed., México, Porrúa, 1991, así como Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual del Juicio de Amparo*, 2ª ed., México, Themis, 1994, entre otros.

la acción penal, o aquellos que dan pauta al denominado amparo soberanía, recibe el nombre de amparo indirecto o biinstancial.

En cambio, aquel que encuentra su base de procedencia en las sentencias definitivas, laudos definitivos o resoluciones que den por terminados los juicios aunque no resuelvan la materia del mismo, es nombrado amparo directo o uniinstancial.

La Ley, en su sentido *lato*, comprende a toda norma de conducta que, sin importar el órgano del cual emane -siempre que esté constitucional o legalmente facultado para ello-, ni la denominación concreta que se le dé, tenga las características de generalidad, abstracción e impersonalidad. Todo ello podría encuadrar mejor bajo la denominación de “normas generales”.⁶⁸

⁶⁸ Sobre el particular, resulta interesante lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 9/2001, en la que resolvió que por normas generales se entienden todas aquellas disposiciones de carácter general y abstracto que provienen de órganos legislativos. El criterio en el que consta lo anterior, es el siguiente: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES PROCEDENTE PARA IMPUGNAR CONSTITUCIONES LOCALES, AL SER ÉSTAS, NORMAS DE CARÁCTER GENERAL Y ESTAR SUBORDINADAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De lo dispuesto en el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se desprende que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el único órgano judicial competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad con el objeto de resolver la posible contradicción entre normas de carácter general expedidas, entre otros, por los órganos legislativos estatales, y la Constitución Federal. Ahora bien, de lo anterior no se advierte que el Órgano Reformador de la Constitución haya excluido de este medio de control constitucional a las normas que conforman una Constitución Local, ni tampoco se desprende que exista razón alguna para hacerlo así; antes bien, en el precepto constitucional en cita se establece que la acción de inconstitucionalidad procede contra normas generales, comprendiéndose dentro de dicha expresión a todas las disposiciones de carácter general y abstracto, provenientes de órganos legislativos. Además, estimar que las Constituciones de los Estados de la República no pueden ser analizadas por esta vía, implicaría que estos ordenamientos locales pudieran escapar del control abstracto de su subordinación con respecto a la Constitución Federal, lo cual es inadmisibles, pues conforme al contenido de los artículos 40, 41 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este ordenamiento es la Ley Suprema de toda la Unión y si bien los Estados son libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, sus Constituciones “en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal”. Por tanto, si el Poder Reformador de la Constitución estableció la acción de inconstitucionalidad como medio de control abstracto, con el objeto de analizar la regularidad de las normas generales subordinadas al Pacto Federal, y entre éstas se encuentran expresamente las Constituciones Locales, es claro que sí procede la vía de referencia. Novena Época, Registro: 190236, Instancia: Pleno, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIII, Marzo de 2001, Materia(s): Constitucional, Tesis: P. /J. 16/2001, Página: 447.

Así las cosas, los tratados internacionales son ley, en un sentido material, en tanto que si bien emanan de un órgano complejo integrado por la Cámara de Senadores, como cámara de representación territorial y por el Presidente de la República, en sus funciones de jefe de Estado, las disposiciones o cláusulas en ellos contenidos, son generales, abstractas e impersonales, y por tanto, pueden causar una afectación a la esfera jurídica de los gobernados. En contra de esa afectación, el remedio es uno: el juicio de amparo.

La idoneidad del juicio de garantías para cuestionar la regularidad constitucional ya formal, ya material de los tratados internacionales, se ve confirmada con las siguientes disposiciones:

En amparo indirecto, el artículo 114 de la Ley de Amparo señala:

Artículo 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 perjuicios al quejoso. (Énfasis propio).

En amparo directo, los artículos 158 y 166 de la Ley de Amparo dicen:

Artículo 158.-...

...

Cuando dentro del juicio surjan cuestiones, que no sean de imposible reparación, sobre constitucionalidad de leyes, **tratados internacionales** o reglamentos, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda en contra de la sentencia definitiva, laudo o solución que pongan fin al juicio. (Énfasis propio).

Artículo 166.- La demanda de amparo deberá formularse por escrito, en la que se expresarán:

I a III...

IV.- La sentencia definitiva, laudo o resolución que hubiere puesto fin al juicio, constitutivo del acto o de los actos reclamados; y si se reclamaren violaciones a las leyes del procedimiento, se precisará cuál es la parte de éste en la que se cometió la violación y el motivo por el cual se dejó sin defensa al agraviado.

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 éste por el tribunal de amparo se hará en la parte considerativa de la sentencia; (énfasis propio).

Es importante hacer la precisión, que cuando se impugne la inconstitucionalidad de un tratado internacional en amparo indirecto, éste será precisamente el acto reclamado, y las autoridades responsables serán aquellas que hubieren participado en la formación del mismo en cualquiera de sus etapas.

En cambio, cuando sea el amparo directo la vía escogida para controvertir la regularidad constitucional de un instrumento internacional, el acto reclamado y las autoridades responsables, no serán los mismos que en el caso del amparo biinstancial. Esto es así, pues en el amparo directo el acto reclamado únicamente puede ser la sentencia definitiva, el laudo definitivo o la resolución que dé por terminado el asunto, y las autoridades responsables, serán aquellas que hayan emitido cualquiera de los actos señalados.⁶⁹

En amparo uniinstancial no se podrá señalar como acto reclamado al tratado, ni como responsables a aquellos órganos del Estado que le hayan dado origen, por tanto, la inconstitucionalidad del instrumento internacional, únicamente será materia de un concepto de violación dentro de la demanda de garantías, y la calificación de la norma impugnada se hará por el órgano jurisdiccional en la parte considerativa de la sentencia.

Por otro lado, el carácter uniinstancial o biinstancial del amparo, pierde todo sustento si tomamos en cuenta que en ambos casos puede existir una segunda instancia, aun cuando en el amparo indirecto sea la regla general y en el amparo directo la excepción.

Cuando la materia del juicio de garantías sea la constitucionalidad de un tratado internacional, será procedente el recurso de revisión, en amparo indirecto por ser la regla general y en amparo directo por actualizarse la excepción contemplada en el artículo 107, fracción VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A continuación citamos el fundamento constitucional de lo anteriormente dicho:

⁶⁹ Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, op. cit., p. 267.

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

I a VI...

VIII. Contra las sentencias que pronuncien en amparo los Jueces de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito procede revisión. De ella conocerá la Suprema Corte de Justicia:

a) Cuando habiéndose impugnado en la demanda de amparo, por estimarlos directamente violatorios de esta Constitución, leyes federales o locales, **tratados internacionales**, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del Artículo 89 de esta Constitución y reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados o por el Jefe del Distrito Federal, subsista en el recurso el problema de constitucionalidad; (énfasis propio).

[...]

IX. Las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito no admiten recurso alguno, a menos de que decidan sobre la **inconstitucionalidad de una ley** o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución cuya resolución, a juicio de la Suprema Corte de Justicia y conforme a acuerdos generales, entrañe la fijación de un criterio de importancia y trascendencia.⁷⁰ Sólo en esta hipótesis procederá la revisión ante la Suprema Corte de Justicia, limitándose la materia del recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales⁷¹; (énfasis propio).

Ley de Amparo por su parte dispone:

Artículo 83.- Procede el recurso de revisión:

I a IV...

V.- Contra las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito, cuando decidan sobre la constitucionalidad de leyes federales locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional y reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, o cuando establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución.

Artículo 84.- Es competente la Suprema Corte de Justicia para conocer del recurso de revisión, en los casos siguientes:

⁷⁰ Cfr. “REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA.”. Novena Época, Registro: 171625, Instancia: Segunda Sala, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Agosto de 2007, Materia(s): Común, Tesis: 2a./J. 149/2007, Página: 615. Del mismo modo, “ACUERDO NÚMERO 5/1999, DEL VEINTIUNO DE JUNIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE, 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.”.

⁷¹ Cfr. “REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. EL ANÁLISIS QUE EMPRENDA LA SUPREMA CORTE PARA DETERMINAR LA IMPORTANCIA Y TRASCENDENCIA DEL RECURSO, TIENE COMO BASE LOS TEMAS CONSTITUCIONALES QUE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO RESOLVIERON O DEJARON DE ATENDER.”. Registro No. 171628, Localización: Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Agosto de 2007, Página: 572, Tesis: 2a./J. 150/2007, Jurisprudencia, Materia(s): Común.

I.- Contra las sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los jueces de Distrito, cuando:

a) Habiéndose impugnado en la demanda de amparo, por estimarlos inconstitucionales, leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional y reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, o cuando en la sentencia se establezca la interpretación directa de un precepto de la Constitución, subsista en el recurso el problema de constitucionalidad;

Otro aspecto importante a destacar en el caso del amparo contra normas generales, es el relativo al término para su interposición. En el caso de la impugnación de una norma de carácter general, existen diversos momentos.

Si la norma es heteroaplicativa, regirá el plazo genérico de 15 días. En caso de ser autoaplicativa, el término será de 30 días siguientes a la iniciación de la vigencia. Si en contra de la norma impugnada existe algún recurso ordinario, no será necesario su previo agotamiento, por ser el amparo contra leyes una excepción al principio de definitividad, sin embargo, de optar el quejoso por la interposición del recurso, el amparo podrá interponerse en contra de la resolución que recaiga sobre el primero, pudiendo hacer valer en el juicio de garantías argumentos de constitucionalidad, aun cuando no se hayan hecho valer en el recurso ordinario.

Robustecen lo anterior, los preceptos de la Ley de Amparo que en seguida se transcriben:

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.

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.



CAPÍTULO 2

MARCO TEÓRICO CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

2.1 La supraconstitucionalidad de los tratados internacionales

Por mucho tiempo se ha considerado a la supremacía constitucional como uno de los principios fundamentales de un sinnúmero de sistemas jurídicos. Nuestro país no es la excepción. En efecto, al ser considerada la Constitución como aquel ordenamiento supremo del que emana todo el sistema jurídico, y del que las normas secundarias o inferiores toman su validez, resulta casi imposible concebir la idea de que un ordenamiento pudiera situarse por encima del código supremo.

En México, esta ideología parece aún en la actualidad infranqueable. Muestra de lo anterior, son las dos últimas resoluciones emitidas por nuestro máximo tribunal en esta materia, en el sentido de que los tratados internacionales se sitúan en un segundo plano respecto de la Constitución.

Este criterio se ha conservado por tiempo inveterado en la tradición jurídica mexicana, en la que la Constitución siempre se ha ubicado en la cúspide del ordenamiento normativo, lo único que ha ido variando a través del tiempo es la ubicación de los tratados en relación con las leyes secundarias.

El desarrollo previamente narrado se ha visto reflejado en una serie de criterios jurisprudenciales, tanto de la Suprema Corte como de los Tribunales Colegiados de Circuito⁷², mismos que a continuación se citan en forma cronológica:

⁷² Sobre el particular, Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jerarquía de los tratados internacionales respecto de la legislación general, federal y local, conforme al artículo 133 constitucional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, así como Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jerarquía normativa de los tratados internacionales en el derecho mexicano*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008 y Suárez Camacho, Humberto, *El sistema de control constitucional en México*, 3ª ed., México, Porrúa, 2011, pp. 35-46.

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.⁷³

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 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.⁷⁴

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.⁷⁵

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

⁷³ 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.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ 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.

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 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.

76

⁷⁶ Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Noviembre de 1999, Tesis: P. LXXVII/99, Página 48. Sobre el criterio de la Corte arriba citado, Diego Valadés señala que “...puede generar considerables distorsiones en la vida institucional, pues la voluntad conjunta del presidente y de la mayoría de los senadores podría constituir una especie de superlegislador, con lo cual se afectaría el sistema representativo establecido por la Constitución. Adicionalmente, el criterio sostenido por la Corte señala que en esta materia (de la jerarquía de los tratados) no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del artículo 133, el Presidente de la República y el Senado, pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos esta sea competencia de las entidades federativas. Considero que en este punto la tesis es peligrosa, porque no se adecua a lo preceptuado por el 124 constitucional.” VALADÉS, Diego, *Constitución y democracia*, México, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, Pág. 74.

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.⁷⁷

Sobre el particular, resulta interesante la clasificación que realiza Mara Gómez Pérez, en el sentido de que existen cuatro criterios para determinar la jerarquía de un tratado internacional: legal, supralegal, constitucional y supraconstitucional, según el tratado internacional se coloque en el mismo nivel jerárquico que el de una ley, o bien, superior a ella, en su caso tener jerarquía constitucional e incluso superior a la Constitución.⁷⁸

Así pues, es dable concluir que en nuestro país los tratados internacionales tuvieron un estatus legal, en una primera etapa y supralegal, en una segunda, pero nunca han tenido una categoría constitucional o supraconstitucional. Es importante decir que los tratados internacionales sobre derechos humanos, dada su propia naturaleza, son materialmente "supranacionales" y su aplicación se encuentra incluso por encima de las Constituciones, sin embargo, esto es así porque previamente han sido recepcionados por los propios procesos constitucionales, por lo que si bien en su aplicación puede tener primacía respecto de la propia constitución, es porque son conformes con la misma y amplían sus

⁷⁷ Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Abril de 2007, Tesis: P. IX/2007, Página 6.

⁷⁸ Cfr. Gómez Pérez, Mara, *La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional*, México, Porrúa, 2003, p. 25.

bases protectoras formando así un bloque de constitucionalidad, y dando pauta a la realización de un bloque de convencionalidad.

Sin embargo, en épocas recientes y derivado de la prolífica actividad jurisdiccional que los organismos supranacionales han tenido, sobre todo en materia de protección de los derechos humanos, el principio antes referido – supremacía constitucional- parece estar quedando rebasado, sino formalmente, si en el funcionamiento práctico de los citados organismos internacionales.

El paulatino desarrollo de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la actividad de las cortes internacionales creadas para su protección -concretamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, y han puesto en nuevas reflexiones las nociones de “soberanía” y “supremacía constitucional”, sin embargo, en opinión del suscrito no necesariamente reducen su primigenia concepción, si tomamos en cuenta que al aceptar tales tratados, pero fundamentalmente la jurisdicción contenciosa de las cortes surgidas de los mismos, lo hacen en pleno ejercicio de su soberanía. Basamos la anterior premisa en la actividad desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en lo sucesivo también la CIDH- órgano internacional surgido de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, conocida también como “Pacto de San José”.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos fue celebrada en San José de Costa Rica en el año de 1969, entrando en vigor en 1978. Muchos han sido los libros que en relación a la misma se han escrito, así como los relativos al tratamiento de los órganos derivados de este 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.

México ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cinco asuntos son en los que la citada Corte ha emitido algún pronunciamiento respecto de nuestro país, el caso

*Castañeda*⁷⁹, *Campo Algodonero*⁸⁰, *Radilla Pacheco*⁸¹, *Fernández Ortega y otros*⁸² y *Cabrera García y Montiel Flores*⁸³, estos tres últimos, importantes en materia de control de convencionalidad. Otros tantos se han quedado en la instancia de la Comisión, en los cuales nuestro país ha sido objeto de recomendaciones.⁸⁴

Así pues, y retomando el tema relacionado a la posible supraconstitucionalidad de los tratados internacionales, deseamos comentar dos casos de importancia indiscutible, ambos sustanciados ante la CIDH, conocidos comúnmente como “Barrios altos” y “La última tentación de Cristo”.

En el primero de los señalados, la CIDH declaró nulas, por primera vez, las leyes emitidas por un Estado parte de la Convención, por ser contrarias al tratado internacional y a los derechos humanos en él consagrados, señalando que las leyes contrarias a aludido instrumento internacional carecían de efectos jurídicos. Para mayor claridad, nos permitimos citar el capítulo VII de la sentencia de fondo dictada el 14 de marzo de 2001, en el “*Caso Barrios Altos Vs. Perú*”:

VII

INCOMPATIBILIDAD DE LEYES DE AMNISTÍA CON LA CONVENCIÓN

41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y

⁷⁹ Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 6 de agosto de 2008.

⁸⁰ Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de noviembre de 2009.

⁸¹ Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 23 de noviembre de 2009.

⁸² Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 30 de agosto de 2010.

⁸³ Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 26 de noviembre de 2010.

⁸⁴ Cfr. Núñez Palacios, Susana, “*El caso Gallardo en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*”, en: Carrasco González, Gonzalo (coord.), *Pensar los derechos humanos. Prolegómenos para una investigación colectiva*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000, pp. 47-62.

sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma.

43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, **las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos** y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.” (Énfasis propio).

De lo anterior, notamos una evidente suprallegalidad –en los términos antes expuestos- de los tratados internacionales, tan es así, que los mismos ahora pueden ser considerados como parámetros de validez de la normatividad nacional.

El segundo caso de los antes mencionados, es todavía más interesante, pues da pauta a *repensar* una supraconstitucionalidad de los instrumentos internacionales. En efecto, en el llamado caso “La última tentación de Cristo”, se declaró la incompatibilidad del artículo 19, numeral 12 de la Constitución de Chile, con diversas disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos. De igual manera, nos permitimos extraer algunos párrafos de la sentencia de 5 de febrero de 2001, dictada en el “Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile”:

71. En el presente caso, está probado que en Chile existe un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el

Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años (*supra* párr. 60 a, c y d). Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por el Consejo de Calificación Cinematográfica en noviembre de 1996 debido a un recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, “por y en nombre de [...] Jesucristo, de la Iglesia Católica, y por sí mismos”; decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Estima este Tribunal que la prohibición de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención.

72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, **en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.**

73. A la luz de todas las consideraciones precedentes, la Corte declara que **el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana**, en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

[...]

88. En el presente caso, **al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.**

89. Esta Corte tiene presente que el 20 de enero de 1997 la Corte de Apelaciones de Santiago dictó sentencia en relación con el presente caso, la que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile el 17 de junio 1997. Por no estar de acuerdo con los fundamentos de estas sentencias, el Gobierno de Chile presentó el 14 de abril de 1997 al Congreso un proyecto de reforma constitucional para eliminar la censura cinematográfica. La Corte valora y destaca la importancia de la iniciativa del Gobierno de proponer la mencionada reforma constitucional, porque puede conducir a adecuar el ordenamiento jurídico interno al contenido de la Convención Americana en materia de libertad de pensamiento y de expresión. El Tribunal constata, sin embargo, que a pesar del tiempo transcurrido a partir de la presentación del proyecto de reforma al Congreso no se han adoptado aún, conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Convención, las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir, así, la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo.”

90. En consecuencia, **la Corte concluye que el Estado ha incumplido los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de ésta, consagrados en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Énfasis propio).**

En este caso observamos que se declaró la incompatibilidad de un ordenamiento constitucional –el chileno- con las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, y no sólo eso, sino que además, se advierte que la ley fundamental chilena sucumbió ante el tratado internacional, pues la misma tuvo que adecuarse a los imperativos consagrados en el segundo, circunstancia que constituye el prolegómeno de la supraconstitucionalidad de los tratados internacionales, por lo menos, los relativos a derechos humanos.

2.2 Los tratados internacionales como fuente formal secundaria del Derecho Constitucional.

El artículo 133 de la Constitución mexicana, fue inspirado por el artículo 6 de la Constitución de Estados Unidos, en ambos casos, se consagra el principio de supremacía constitucional. Así pues, el numeral del código fundamental mexicano previamente referido, dispone:

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.

Luego entonces, cuando los tratados internacionales son celebrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado, y están de acuerdo con el texto constitucional, los mismos se vuelven norma interna, y no sólo eso, sino además, ley suprema de la unión.

Por tanto, las obligaciones que el Estado mexicano adquiere con motivo de la celebración de un compromiso internacional deben ser cumplidas, aun preferentemente a las leyes emanadas del Congreso de la Unión.

De lo anterior, es que se afirme que las disposiciones de los tratados internacionales son fuente formal secundaria del derecho constitucional, pues jerárquicamente, están situados por debajo de la misma, y al ser sus disposiciones compatibles con el texto fundamental y haber sido creados mediante el procedimiento constitucionalmente establecido, forman parte de ella, al volverse

también ley suprema de la unión, por lo tanto en su origen no se puede afirmar que son superiores al orden constitucional, por el contrario constituyen un conjunto de bloques unitarios dimanados de la propia carta fundamental.

2.2 Naturaleza Jurídica de los Tratados Internacionales

Ha quedado establecido en las páginas anteriores, que los tratados internacionales en México son susceptibles de un control de constitucionalidad represivo o reparador, esto, a través de las acciones de inconstitucionalidad y del juicio de amparo.

Se estima que lo anterior únicamente se debe al criterio merced al cual, se homologan a las leyes (*stricto sensu*) con los tratados internacionales, aun cuando ambos tienen distinta naturaleza jurídica.

En efecto, los tratados internacionales son un acuerdo de voluntades entre estados (y otros sujetos de derecho internacional), es decir, implican la convergencia de dos o más voluntades, las cuales una vez externadas constituyen obligaciones que no pueden ser más que cumplidas y respetadas.

Sobre el particular, resulta conveniente citar las definiciones que de tratado internacional⁸⁵ otorgan la Ley sobre la Celebración de Tratados⁸⁶ y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸⁷.

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

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

⁸⁵ Sobre el concepto de tratado internacional Cfr., Sorensen, Max, "Manual de Derecho Internacional Público", México, Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 155-156, Apud en: Arellano García, Carlos, *Derecho Internacional Público*, 3ª ed., México, Porrúa, 1997, pp. 627; Sepúlveda, César, *Derecho Internacional*, 23ª ed., México, Porrúa, 2002, p. 124; Remiro Brotons, Antonio, *Derecho Internacional Público*, España, Tecnos, 1987, t. II, p. 29.

⁸⁶ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1992.

⁸⁷ Firmada el 23 de mayo de 1969, aprobada por la Cámara de Senadores el 29 de diciembre de 1972, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975.

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.

Así pues, podemos distinguir claramente a la ley (*stricto sensu*) de un tratado internacional. Mientras que la ley es la expresión unilateral de la voluntad soberana del Estado,⁸⁸ el tratado representa la conjunción volitiva de dos o más Estados, por lo que, la primera, al ser una expresión unilateral, puede ser modificada o extinguida también unilateralmente, en tanto que el segundo, al ser un acuerdo, un pacto, un convenio, necesariamente, para ser extinguido o modificado, requerirá de las mismas formalidades que para su nacimiento se exigieron, es decir, necesitará el consentimiento de las partes interesadas.

Cabe decir que el incumplimiento o terminación unilateral de los tratados, son actos prohibidos por el *ius cogens*, que pueden dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado.

Las definiciones arriba anotadas, implican necesariamente la existencia de un convenio, de un acuerdo internacional, o sea, la convergencia de dos o más

⁸⁸ En relación al concepto de Ley Cfr., Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, 23ª ed., México, Porrúa, 2002, p. 197; Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo y Administración Pública*, México, Porrúa-UNAM, 2006, p. 194; Acosta Romero, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo. Primer Curso*, 17ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 1029, y Martínez Morales, Rafael I., *Derecho Administrativo. Primer Curso*, 2ª ed., México, Harla, 1994, p. 282.

voluntades. Este acuerdo de voluntades debe ser, además, entre sujetos de derecho internacional. Como podemos apreciar, estamos en presencia de dos actos jurídicos de naturaleza distinta, voluntad unilateral en el caso de la ley, y acuerdo de voluntades en el caso de los tratados, además, regidos cada uno de ellos por sistemas jurídicos diferentes.

Por otro lado, además de la divergencia conceptual arriba asentada, podemos agregar que tanto la ley, como el tratado internacional, tienen procedimientos de creación distintos. La ley puede ser iniciada, en términos del artículo 71 de nuestra Constitución, por el Presidente de la República, por los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión y por las Legislaturas de los Estados, y según el artículo 122 constitucional, por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, y el procedimiento de su creación se prevé en el numeral 72 del código supremo.⁸⁹

Por su parte, los tratados internacionales, únicamente pueden ser iniciados por el Presidente de la República, atento al mandato constitucional consagrado en la fracción X del artículo 89, que le confiere la facultad exclusiva para conducir la política internacional y para celebrar tratados internacionales. La intervención del senado se limitará a aprobar los mismos. De lo anterior podemos concluir, que la iniciación y el proceso de formación de las leyes y de los tratados, es también diferente.

Así las cosas, resulta inconcuso que las leyes y los tratados internacionales tienen diferente naturaleza jurídica, unas, expresión unilateral de la voluntad soberana del Estado, otros, acuerdos de voluntades, y por tanto, los mecanismo de control de la constitucionalidad existentes para las primeras (represivos o reparadores), no pueden tener la misma eficacia que para los segundos.

2.3 Etapas procedimentales en la formación de los Tratados Internacionales

⁸⁹ Para conocer las particularidades del procedimiento legislativo mexicano, Cfr., Fernández Ruiz, Jorge, *Poder Legislativo*, México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 428-429.

Las etapas en el procedimiento de formación de un tratado internacional están medularmente delineadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y de acuerdo a la normatividad interna de cada país, pueden existir pasos intermedios.

En el ámbito doctrinal, cada autor distingue fases distintas en el procedimiento que nos ocupa. Estos son algunos ejemplos.

Max Sorensen, se pronuncia en el siguiente sentido:

La *formación o celebración* de un tratado internacional pasa, por lo menos analíticamente, por dos fases diferentes. La que puede denominarse *fase inicial* cubre el proceso de la *negociación* que, de tener éxito, desembocará en la *adopción y autenticación* de un texto en el que los negociadores se muestran definitivamente de acuerdo...La *fase final* de la formación o celebración de un tratado abarca el proceso de *estipulación o de conclusión en sentido estricto* y se descompone en dos actos fundamentales: la *manifestación de voluntad* del sujeto *en obligarse* por el tratado y el *perfeccionamiento* de dicha voluntad al ofrecer constancia de ella a los otros interesados...(las cursivas son del texto original).⁹⁰

En términos similares Antonio Remiro Brotons opina que la integración de un tratado internacional pasa por dos grandes etapas: 1. La fase inicial, y 2. La fase final. En la fase inicial 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. En 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.⁹¹

Manuel Díez de Velasco distingue en orden cronológico cuatro etapas, el otorgamiento de los plenos poderes; la negociación; la manifestación del consentimiento, y desde la manifestación del consentimiento hasta la entrada en vigor.⁹²

⁹⁰ Sorensen, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 69.

⁹¹ Cfr., Remiro Brotons, Antonio, op. cit., pp. 69-112.

⁹² Cfr., Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17ª ed., Madrid, 2009, pp. 163-176.

De manera más simplista, el maestro Arellano García, siguiendo las ideas de Charles Rousseau, indica que “El procedimiento más difundido y tradicional para la elaboración de los tratados internacionales es el que abarca las etapas de: negociación, firma y ratificación.”.⁹³

José Antonio Pastor habla de la negociación, adopción del texto, autenticación y manifestación del consentimiento.⁹⁴

Finalmente, Cesáreo Gutiérrez Espada manifiesta que:

El proceso de celebración de los tratados consta de dos fases: la primera (“celebración *stricto sensu*” o “elaboración”) tiene por objeto la consecución del texto físico del acuerdo; la segunda (“conclusión”) supone la decisión de los sujetos que laboraron el tratado (y eventualmente de sujetos no negociadores) de quedar vinculados jurídicamente por sus disposiciones. A partir de su aceptación definitiva, el tratado entra en vigor y comienza a desplegar sus efectos jurídicos, el primero de ellos su obligatoriedad jurídica (*pacta sunt servanda*).⁹⁵

Para nosotros y para efectos del presente estudio, el procedimiento de formación de los tratados internacionales puede ser dividido en diferentes etapas, según el plano desde el que se observe: el internacional y el interno. Sin embargo, podemos añadir a lo anterior que las etapas de formación del tratado se encuentran reguladas en el plano internacional, en tanto que en el plano interno, solo encontramos requisitos de validez o de eficacia del tratado ya celebrado.

En el plano internacional las etapas en la formación de un tratado son las siguientes:

1. Acreditación de la representación estatal.
2. Negociación del tratado internacional.
3. Adopción del texto del tratado internacional.
4. Autenticación del texto del tratado internacional.
5. Manifestación de la voluntad estatal en el sentido de obligarse al tratado internacional.

⁹³ Arellano García, Carlos, *Primer curso de Derecho Internacional Público*, 7ª ed., México, Porrúa, 2009, p. 92.

⁹⁴ Pastor Ridruejo, José Antonio, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 13ª ed., Madrid, Temis, 2009, p. 92.

⁹⁵ Gutiérrez Espada, Cesáreo, *Derecho Internacional Público*, Madrid, Trotta, 1995, p. 291.

6. Perfeccionamiento de la manifestación de la voluntad.

En el plano doméstico, nacional o interno, los requisitos de eficacia o validez del tratado son:

1. La aprobación del tratado internacional por parte de la Cámara de Senadores.
2. El refrendo por parte del secretario del ramo respectivo.
3. La publicación del tratado internacional en el Diario Oficial de la Federación.

Si bien el refrendo y la publicación no son pasos en el procedimiento de formación del tratado, sino sólo requisitos de eficacia, para efectos didácticos conviene analizarlos, pues sin ellos el tratado internacional, al menos en el ámbito interno, no podrá surtir plenamente sus efectos, aunque ya exista formalmente hablando.

En su conjunto, el procedimiento para la creación de los tratados internacionales en el caso concreto de nuestro país sería:

1. Acreditación de la representación estatal.
2. Negociación del tratado internacional.
3. Adopción del texto del tratado internacional.
4. Autenticación del texto del tratado internacional.
5. La aprobación del tratado internacional por parte de la Cámara de Senadores.
6. Manifestación de la voluntad estatal en el sentido de obligarse al tratado internacional.
7. Perfeccionamiento de la manifestación de la voluntad.
8. El refrendo por parte del secretario del ramo respectivo.
9. La publicación del tratado internacional en el Diario Oficial de la Federación.

Las referidas etapas son reguladas en nuestro país por tres ordenamientos: la Constitución, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Ley Sobre la Celebración de Tratados.⁹⁶

La relevancia del proceso creativo de los instrumentos internacionales radica en que, a partir de su estudio, podremos determinar cuál es el momento preciso para verificar la constitucionalidad de los mismos de manera preventiva o *ex ante*.

En esta tesitura, la Constitución únicamente consagra requisitos formales y genéricos para la conformación de los tratados internacionales, indicando que la facultad para celebrarlos corresponde al Presidente de la República, y al Senado se le atribuye la facultad de su aprobación. Las disposiciones constitucionales correspondientes dicen:

ARTÍCULO 76. Son facultades exclusivas del Senado:
I...aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba...

ARTÍCULO 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:
I a IX...
X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales...sometiéndolos a la aprobación del Senado...

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...

Del mismo modo, podemos señalar que al ser los tratados internacionales actos celebrados por el Presidente de la República, los mismos están sujetos al refrendo ministerial establecido en el artículo 92 de la Constitución, que dice: "Todos los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente deberán estar firmados por el Secretario de Estado a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos."

⁹⁶ Para el maestro Arellano García esta norma secundaria es abiertamente inconstitucional. Para conocer los argumentos en que sostiene su afirmación, Cfr., Arellano García, Carlos, op. cit., pp. 703-704.

Resulta oportuno indicar que el refrendo es solo un requisito de eficacia o efectividad de los actos del Presidente (“...y sin este requisito no serán obedecidos...”) y no de validez de los mismos.

1. Acreditación de la representación estatal. Hemos optado por señalar como el primer paso dentro del procedimiento para la celebración de los tratados internacionales a la acreditación de la representación estatal. Ello, pues como en todo acto jurídico que implica la unión de dos o más voluntades de personas morales, como lo es el Estado⁹⁷, es necesario que una persona física comparezca en su representación.

El acto por virtud del cual una persona puede representar al Estado mexicano en la celebración de instrumentos internacionales, se denomina “Plenos Poderes” los cuales únicamente pueden ser otorgados por el Presidente de la República, en atención a que a él le corresponde la celebración de tratados, así como la representación de nuestro país ante la comunidad internacional, actividades que desempeña en su carácter de jefe de Estado.

El artículo 1 de la Ley Sobre la Celebración de Tratados en su fracción VI indica que se entiende por Plenos Poderes “el documento mediante el cual se designa a una o varias personas para representar a los Estados Unidos Mexicanos en cualquier acto relativo a la celebración de tratados” y el artículo 3 de la normatividad en cita, agrega que “Corresponde al Presidente de la República otorgar Plenos Poderes”.

Por su parte, la Convención de Viena en su artículo 2, inciso c) define a esta figura del modo siguiente: “se entiende por “plenos poderes” un documento que emana de la autoridad competente de un Estado 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, para expresar el consentimiento del

⁹⁷ Así lo indica el artículo 25 del Código Civil Federal, aunque el término que utiliza es inadecuado en nuestra consideración, ya que la “nación” más que un concepto jurídico o político, es sociológico. Sin embargo, entendemos que lo que el Código de referencia quiere indicar mediante la acepción “nación” atiende en realidad a la idea de “Estado”.

Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado.”.

En este mismo sentido, la Convención de Viena dispone en su artículo 6 que “Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados” y el artículo 7 del mismo documento internacional, señala sobre los Plenos Poderes:

7. Plenos poderes. 1. Para la adopción la autenticación del texto de un tratado, para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a un Estado:

- a) si se presentan los adecuados plenos poderes, o
- b) si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes.

2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado:

- a) los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de relaciones exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado;
- b) los Jefes de misión diplomáticas, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados;
- c) los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano.

2. Negociación del tratado internacional. Colmado el requisito de la acreditación de la representación estatal, el siguiente paso es la negociación.

La negociación no es otra cosa que la discusión entre los Estados sobre el contenido material del tratado internacional. En esta etapa del procedimiento de creación de los tratados, a las partes se les denomina “Estados negociadores”.

Sobre la negociación, el maestro Carlos Arellano García señala lo siguiente: “La negociación está integrada por las diversas manifestaciones de voluntades de los representantes de los Estados interesados en celebrar un tratado internacional, en las que exteriorizan en fórmulas gramaticales sus diversos y respectivos intereses, hasta obtener el consenso. La negociación puede ser más o menos compleja según los intereses que se debaten antes de llegar al acuerdo.”⁹⁸

⁹⁸ Arellano García, Carlos, op. cit., p. 654.

Comenta el autor español Antonio Remiro Brotons que en la etapa de la negociación debe imperar el principio de la buena fe.⁹⁹ Sobre este principio cabe señalar que:

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. 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.¹⁰⁰

En el mismo sentido, José Antonio Pastor Ridruejo sostiene que:

...las propias negociaciones deben estar precedidas por el principio de buena fe. Como ha dicho el Tribunal de La Haya en la repetida sentencia sobre los *casos de la Plataforma continental del Mar del Norte*, los Estados negociadores “tienen la obligación de comportarse de tal manera que la negociación tenga sentido, lo que no sucede cuando una de ellas insiste en su propia posición sin contemplar modificación alguna”...De otro lado, si un Estado ha convenido en celebrar negociaciones para la celebración de un tratado, debe abstenerse de cualquier acto encaminado a malograr el objeto del mismo mientras las negociaciones prosiguen...¹⁰¹

3. Adopción del texto del tratado internacional. La adopción de un tratado se da con la aceptación de su texto por parte de los Estados involucrados, esto es, cuando las negociaciones han quedado superadas, y existe un consenso sobre el contenido de las cláusulas del compromiso internacional respectivo, las partes adoptan el texto internacional, lo hacen suyo, conscientes sin embargo, de que aún no es el documento definitivo, pues tal acto se concretará en una etapa posterior.

Sobre el particular, la Convención de Viena indica en su artículo 9¹⁰² que la adopción de un tratado podrá llevarse a través de dos formas. En los tratados

⁹⁹ Cfr. Remiro Brotons, Antonio, op. cit., p. 75.

¹⁰⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano* (A-CH), 13ª ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, t. I, pp. 362-363.

¹⁰¹ Pastor Ridruejo, José Antonio, op. cit., p. 92.

¹⁰² “9. Adopción del texto. 1. La adopción del texto de un tratado se efectuara por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párrafo 2. 2. La adopción del texto de un

internacionales bilaterales o multilaterales la adopción del tratado se efectuará por unanimidad, es decir, por el consentimiento de todos los Estados participantes. Empero, cuando el tratado se esté ventilando en una conferencia internacional (lo que implica la participación de un gran número de Estados), la adopción tendrá lugar por el voto de las dos terceras partes de los Estados presentes, o bien, por la forma que la misma mayoría decida.

4. Autenticación del texto del tratado internacional. La autenticación tiene lugar cuando los Estados convienen que el texto del tratado es auténtico y definitivo, esto es, implica una especie de certificación en el sentido de que el texto del tratado internacional es aquel al que están dispuestos a someter su consentimiento.

La Convención de Viena dispone en su artículo 10 que la autenticación puede hacerse de dos maneras, (1) mediante aquel que se prescriba en el tratado o el que convengan los Estados que hayan participado en su elaboración, o (2) a falta de tal procedimiento, mediante la firma, la firma "ad referéndum" o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto.

La rúbrica 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 a un acto posterior del gobierno de un Estado.

La firma *ad referéndum* es una firma que está sujeta a confirmación, se utiliza cuando el representante de un Estado carece de facultades suficientes para firmar la autorización requerida. El artículo 2, fracción III de la Ley Sobre la Celebración de Tratados, indica que para efectos de esa ley se entenderá por firma *ad referéndum* "el acto mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos hacen constar que su consentimiento en obligarse por un tratado requiere, para ser considerado como definitivo, de su posterior ratificación".

tratado en una conferencia internacional se efectuara por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente."

Por último, la firma es un signo distintivo que vincula a una persona con un acto. La firma se puede llevar a cabo en tres momentos: a) después del cierre de la negociación y de la adopción del tratado; b) en una fecha posterior que fijen las partes, y c) dejando el tratado abierto a la firma, en un lugar determinado, ya sea indefinidamente o con la fijación de un plazo perentorio.

5. La aprobación del tratado internacional por parte de la Cámara de Senadores. De conformidad con el artículo 76, fracción I de la Constitución, es una facultad exclusiva de la Cámara de Senadores aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que suscriba el Ejecutivo.

Esta facultad se refiere también en los artículos 89, fracción X y 133, ambos del Código Supremo, los cuales ya hemos citado previamente.

Es importante mencionar que la misma aprobación senatorial se requiere en los casos de terminación, denuncia, suspensión, modificación, enmiendas, retiro de reservas y formulación de declaraciones interpretativas, que le proponga el Presidente de la República.

Sobre el particular, el artículo 4 de la Ley Sobre la Celebración de Tratados dice: "Los tratados que se sometan al Senado para los efectos de la fracción I del artículo 76 de la Constitución, se turnarán a comisión en los términos de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, para la formulación del dictamen que corresponda. En su oportunidad, la resolución del Senado se comunicará al Presidente de la República."

6. Manifestación de la voluntad estatal en el sentido de obligarse al tratado internacional. Antes de proceder a la explicación jurídica de esta etapa en el proceso creativo de los tratados internacionales, consideramos oportuno señalar, siguiendo a Barrera Valverde y a Luis A. Varela, que el consentimiento puede encontrar dos aristas, por un lado, el externado por el plenipotenciario y por otro, el que realiza el Estado contratante. "Efectivamente, ambas etapas del consentimiento son necesarias en todo caso para que el tratado llegue a existir, pero ninguna es suficiente por sí misma para perfeccionarlo. Ni el plenipotenciario

obliga al Estado por su sola firma, ni es posible para el Estado ratificar un tratado que no haya sido firmado por él.”.¹⁰³

El artículo 5 de la Ley Sobre la Celebración de Tratados establece que “La voluntad de los Estados Unidos Mexicanos para obligarse por un tratado se manifestará a través de intercambio de notas diplomáticas, canje o depósito del instrumento de ratificación, adhesión o aceptación, mediante las cuales se notifique la aprobación por el Senado el (sic) tratado en cuestión.”.

Por su parte, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone en su artículo 11 que el consentimiento del Estado en obligarse a un tratado internacional, podrá manifestarse de las siguientes formas:

- i. La firma.
- ii. El canje de instrumentos.
- iii. La ratificación, aceptación o aprobación.
- iv. La adhesión.
- v. Cualquier otra forma que convengan las partes.

Cada una de estas formas tiene particularidades que en seguida analizaremos.

Por cuanto hace a la manifestación de la voluntad a través de la firma, el artículo 12 de la Convención en cita, señala que el consentimiento de un Estado en obligarse a un tratado se manifiesta a través de la firma en los siguientes casos: a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto, b) cuando de otro modo conste que fue intención de los Estados negociadores que la firma tuviera ese efecto, y c) cuando la intención de un Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante, o se haya manifestado así durante la negociación.

La manifestación del consentimiento a través del canje de instrumentos, se regula en el artículo 13 de la Convención de Viena. Esta forma de expresión volitiva tendrá lugar cuando: a) los instrumentos dispongan que su canje tendrá

¹⁰³ Varela Quirós, Luis A., *Las fuentes del derecho internacional público*, Colombia, Temis, 1996, p. 36.

ese efecto, y b) cuando de otro modo conste que los Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese fin.

El consentimiento en obligarse por un tratado mediante la ratificación, aceptación o aprobación de un tratado, se describe en el artículo 14 del instrumento internacional que nos ocupa. Esta porción normativa dice que la manifestación de la voluntad por la ratificación tendrá lugar: a) cuando en el tratado se disponga que el consentimiento deberá manifestarse mediante la ratificación, b) cuando conste de otra manera que los Estados han convenido esta forma de expresión del consentimiento, c) cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación, o d) cuando la intención de los Estados de firmar el tratado bajo esta forma, se desprenda de los plenos poderes de sus representantes o se haya manifestado así en la negociación.

La manifestación de la voluntad a través de la aceptación o aprobación, se sujetará a las reglas antes enunciadas, relativas a la ratificación.

7. Perfeccionamiento de la manifestación de la voluntad. Por este acto los Estados contratantes dan constancia en el plano internacional de su consentimiento en obligarse al tratado.

Señala la Convención de Viena que salvo que en los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se diga otra cosa, la manifestación del consentimiento de un Estado se hará constar de la siguiente manera: a) mediante el canje de los instrumentos entre los Estados contratantes, b) mediante el depósito de los instrumentos ante el depositario, o c) mediante la notificación respectiva entre los Estados contratantes, o al depositario.

El canje de los instrumentos internacionales tiene lugar generalmente en los tratados de carácter bilateral. El depósito es propio de los instrumentos multilaterales, o de aquellos auspiciados por organismos internacionales, por ejemplo, los tratados que celebra nuestro país en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), son depositados en la Secretaría General de la misma organización. La notificación por su parte, tiene lugar solo si los contratantes han convenido esta forma en el perfeccionamiento de la manifestación

de la voluntad, la cual se tiene por hecha sólo hasta que la contraparte o contrapartes, han recibido la notificación correspondiente.

8. El refrendo por parte del secretario del ramo respectivo. Como antes lo señalamos, en términos del artículo 92 de la Constitución “Todos los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente deberán estar firmados por el Secretario de Estado a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos.”.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido de que el refrendo ministerial, tratándose de instrumentos internacionales, corresponde al Secretario de Relaciones Exteriores y no al Secretario de Gobernación, ello, tomando en cuenta que de conformidad con el artículo 92 cimero antes invocado, tal acto compete al “Secretario de Estado a que el asunto corresponda”, y además, porque la normatividad secundaria otorga dichas prerrogativas a la Secretaría de Relaciones Exteriores.

El criterio al que nos hemos referido, es del tenor literal siguiente:

TRATADOS INTERNACIONALES. PARA SU VALIDEZ ES INNECESARIO EL REFRENDO DEL SECRETARIO DE GOBERNACIÓN. Conforme al artículo 92 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente de la República deberán firmarse por "el Secretario de Estado a que el asunto corresponda"; por tanto, como los tratados internacionales y sus modificaciones, así como las convenciones diplomáticas son celebrados por el propio Ejecutivo Federal y una vez aprobados por el Senado son Ley Suprema de la Unión en términos del artículo 133 constitucional, es evidente que el decreto que ordena su publicación debe firmarlo el Secretario de Relaciones Exteriores, al que corresponde el asunto, acorde con los artículos 28, fracción XII, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 7, fracción IX, del Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores, siendo innecesario el refrendo del Secretario de Gobernación, ya que este requisito corresponde al acto de promulgación de las leyes y decretos expedidos por el Congreso de la Unión.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Novena Época, Registro: 170157, Instancia: Pleno, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Febrero de 2008, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: P. XIX/2008, Página: 23.

9. La publicación del tratado internacional en el Diario Oficial de la Federación.¹⁰⁵ Más que la mera publicidad del contenido del tratado, de este acto derivan dos consecuencias jurídicas de suma trascendencia. La primera, es que a partir de su publicación el tratado internacional será obligatorio en el territorio nacional,¹⁰⁶ la segunda, es que desde ese momento el tratado internacional podrá ser objeto de impugnación a través de los mecanismos de control de constitucionalidad correspondientes.¹⁰⁷

En el documento publicitario podrá establecerse una *vacatio legis*, con lo cual la iniciación de la vigencia del tratado quedaría supeditada al transcurso de un plazo determinado, en caso contrario, la vigencia del instrumento supranacional iniciaría después de su publicación.

Realizada la publicación, el tratado formará parte de nuestro sistema jurídico, será derecho positivo y además, Ley Suprema de la Unión, como lo indica el artículo 133 constitucional.

2.4 Los Anexos y las Enmiendas de los Tratados Internacionales como elementos carentes de control de la constitucionalidad

¹⁰⁵ Sobre la polémica que existe en cuanto a si la publicación y la promulgación son términos utilizados como sinónimos por la Constitución, Cfr., Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano* (M-P), op. cit., t. IV, p. 363.

¹⁰⁶ El artículo 4, párrafo segundo de la Ley Sobre la Celebración de Tratados señala que: “Los tratados, para ser obligatorios en el territorio nacional deberán haber sido publicados previamente en el Diario Oficial de la Federación.”. Del mismo modo, los artículos 3 y 4 del Código Civil Federal indican: “Artículo 3o.- Las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el Periódico Oficial. En los lugares distintos del en que se publique el Periódico Oficial, para que las leyes, reglamentos, etc., se reputen publicados y sean obligatorios, se necesita que además del plazo que fija el párrafo anterior, transcurra un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad.”. “Artículo 4o.- Si la ley, reglamento, circular o disposición de observancia general, fija el día en que debe comenzar a regir, obliga desde ese día, con tal de que su publicación haya sido anterior.”.

¹⁰⁷ En el caso de las acciones de inconstitucionalidad, tanto el artículo 105, fracción II, primer párrafo, como el XX de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen que las acciones de inconstitucionalidad podrán interponerse dentro de los 30 días siguiente a la publicación de la norma cuestionada en el medio oficial. En el caso del juicio de amparo, la norma podrá cuestionarse, bien a partir de su entrada en vigor, si la ley es autoaplicativa, bien a partir del primer acto de aplicación, naturalmente, en cualquiera de los dos supuestos, será después de la publicación del acto reclamado.

Anteriormente existía una laguna constitucional que dejaba fuera de control a las enmiendas de los tratados. Sin embargo, esa situación culminó con la publicación en el Diario Oficial de la Federación el 12 de febrero de 2007, del decreto por el que se reformaron los artículos 76, fracción I y 89, fracción X de la Constitución, para quedar como sigue:

Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:

I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso.

Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que 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:

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;

A pesar de lo anterior, la situación que prevalecía antes de 2007 respecto de las enmiendas a los tratados internacionales, subsiste en la actualidad respecto de los anexos de los mismos. Aun cuando los anexos de los instrumentos internacionales contienen en la mayoría de los casos disposiciones de carácter meramente técnico o de simple aclaración, tales como formatos, lo idóneo sería que este tipo de documentos fueran también objeto de control. Esta es una tarea pendiente que en breve tendrá que realizarse.

CAPÍTULO 3

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

3.1 El control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales en el entorno global actual

Los textos constitucionales por lo general contienen disposiciones relativas a la celebración de los tratados internacionales, siendo normalmente el Jefe de Estado el autorizado para celebrarlos, el Parlamento de aprobarlos, y los Tribunales, Cortes o Salas constitucionales, los competentes para verificar su conformidad con la Constitución, o sea, para controlar su constitucionalidad -sin perder de vista casos en que esa actividad se deposita en los tribunales ordinarios o supremos de justicia-, variando también el momento en que dicho control se lleva a cabo.

En efecto, el control de la constitucionalidad de los tratados internacionales puede realizarse en dos momentos, antes de que el Estado manifieste su voluntad en obligarse a su contenido, lo cual por regla general es previo a su ratificación, o después de ella, o sea, cuando el tratado forma parte del sistema jurídico de un país. En el primer caso hablamos de un control previo, preventivo o *ex ante*, en el segundo de uno posterior, represivo, reparador o *ex post*.

Cabe mencionar también que este tipo de control -sin importar si es previo o posterior- es de carácter abstracto, lo que significa que se fiscaliza la constitucionalidad del tratado en sí mismo, sin tomar en cuenta su aplicación a un caso particular, sin perjuicio de que en algunos sistemas esté permitido cuestionar la regularidad constitucional de un tratado a través de vías concretas, con motivo de su aplicación y afectación a una persona.

Las determinaciones que emita el órgano de control pueden ser de dos tipos, opiniones meramente consultivas, o bien, resoluciones judiciales vinculantes, esto dependerá del medio de control que se contemple en cada país para tal efecto, esto es, si la vía prevista normativamente para verificar la

constitucionalidad de un tratado internacional es una consulta por parte de un sujeto legitimado, o bien, si el procedimiento entraña una vía contenciosa, en la que un órgano demande la inconstitucionalidad del tratado y otro la defienda.

Las anteriores notas generales sobre el control de la constitucionalidad de los tratados, se justifican en el hecho de que este tipo de instrumentos internacionales se encuentran subordinados a la Constitución, y por tanto, resulta indispensable que guarden la misma relación que las demás leyes tienen con ella, lo que significa que no pueden escapar a la posibilidad de que presenten vicios de inconstitucionalidad tanto en sentido formal como material.

Cada país determina el tipo de control de los tratados internacionales, esto es, previo o posterior, obligatorio o potestativo, abstracto o concreto, etcétera, según su propia tradición jurídica y dependiendo del contexto económico, político o social en el cual se halle inmerso. Por lo anterior, no será el mismo sistema el que impere en países europeos, en donde existe una forma de integración regional de avanzada confección, que aquellos existentes en América Latina, u otras partes del mundo.

A pesar de la diversidad de sistemas a que nos hemos referido, la mayoría de ellos parece indicar que la mejor alternativa que se ha encontrado para fiscalizar la regularidad constitucional de los tratados internacionales, es el control previo y abstracto de los mismos, opción que representa mayores ventajas que uno de carácter posterior.

En efecto, como se explicó en el primer capítulo de esta obra, el control represivo permite el análisis de la constitucionalidad de los tratados internacionales una vez que éstos han sido incorporados al sistema jurídico de Estado que lo firma y ratifica, sin embargo, esto conlleva a serios problemas cuando la confronta con el texto constitucional arroja contradicción entre ambas normas, ya sea total o parcialmente.

Frente a ese panorama, la primera alternativa sería denunciar un tratado, pero no puede dejar de tenerse en cuenta que existen restricciones claramente establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La

segunda opción sería que el órgano jurisdiccional que advierta la contradicción deje de aplicar el tratado declarado inconstitucional, pero eso de ninguna forma podría traducirse en la nulidad del instrumento, ya que tal circunstancia únicamente sería factible fundándola en las causas que señala la misma Convención en su artículo 42.1, y además, una declaración unilateral de nulidad del tratado es inválida, sin dejar de lado que la propia inaplicación del tratado internacional significaría configurar una responsabilidad internacional.

En este contexto, sobresalen las ventajas que representa el control previo si tomamos en cuenta las consecuencias que pueden derivarse de una declaración de inconstitucionalidad *a posteriori*, esto es, una vez que el tratado ha sido ratificado y forma parte del sistema jurídico de un país, además, si el Estado al ratificar el instrumento de que se trate lo hace parte de su orden jurídico interno, no sería posible que el propio Estado pueda invocar que el tratado internacional es contrario a su normatividad nacional una vez que lo ha ratificado, con el objeto de sustraerse de las obligaciones que ha adquirido.

Además, si tenemos presente que la celebración de los tratados internacionales se rige por los principios de buena fe, mismo que encontramos plasmado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, y de *pacta sunt servanda*, la conclusión previamente esgrimida no puede más que confirmarse.

Asimismo, no debe pasarse por alto que el incumplimiento de una norma convencional internacional trae consigo responsabilidad para el Estado infractor, lo cual implicaría la aplicación de sanciones y la compensación del daño causado. Empero, independientemente de que un incumplimiento traería como resultado ciertas sanciones, también hay que considerar que política y económicamente hablando, a un Estado no le conviene colocarse en esa circunstancia, que traería aparejada una imagen negativa, de poca seriedad y nula confiabilidad hacia la comunidad internacional.

Es por ello -como ya lo adelantamos-, que la experiencia mundial parece inclinarse en favor del control previo de la constitucionalidad de los tratados

internacionales, en lugar de un control represivo o posterior, pues en éste, aquellas garantías de las que se habló se desvanecen considerablemente.

Así las cosas, tenemos que como consecuencia del fenómeno de la globalización se observan cambios en la dinámica mundial, especialmente en el derecho y el Estado constitucional. Ahora tenemos esferas que han dejado de ser de interés exclusivo de cada nación, para convertirse en rubros de interés global y potencialmente regulables en el ámbito del derecho internacional, situación que hace necesario el establecimiento de formas para hacer frente a esa nueva realidad, buscando vigilar que las normas internacionales se adecuen con las nacionales, salvaguardando la supremacía constitucional pero al mismo tiempo, evitando conflictos en el ámbito internacional.

Por lo anterior, resulta más conveniente llevar a cabo un control previo o preventivo de la constitucionalidad de los tratados internacionales en razón de que si existiera una “duda fundada” acerca de si la norma internacional es contraria a la Constitución del Estado que pretende firmarlo, quedaría habilitada la competencia del órgano jurisdiccional facultado para determinar si, en efecto, el tratado internacional presenta contradicción con el texto constitucional. De igual manera, consideramos que debe dotarse de obligatoriedad al control previo, en lugar de ser un procedimiento que se active de manera potestativa, a fin de otorgar mayor seguridad jurídica en el ámbito internacional respecto de la aplicación que tendrán esos instrumentos.

3.2 Estudio de algunos Estados en donde se ejerce el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales

Podemos señalar que los orígenes del control previo de constitucionalidad se encuentran en **Francia**, país en el cual este tipo de control fue el único que existió hasta 2008, año en el cual tuvo lugar una revisión constitucional por medio de la cual se creó la acción prioritaria de constitucionalidad como un instrumento de

control *a posteriori* y abstracto de normas generales, muy similar a las cuestiones de inconstitucionalidad de Alemania y España.

Narra Aurora Basterra Díaz¹⁰⁸ que el control previo de la constitucionalidad en Francia surgió en 1799 como un control de índole político en el que el Senado asumió funciones de tutela y preservación de la Constitución inspirado en las ideas de Sieyès quien sostuvo que los poderes del Estado debían someterse a las disposiciones constitucionales, teniendo la facultad de anular todo aquel acto que implicase violación a esas disposiciones.

En efecto, la Constitución de 1799 instauró el régimen del Consulado creando un Senado conservador entre cuyas atribuciones se encontraba controlar la constitucionalidad de las leyes y los actos del Primer Cónsul, proponiendo algo denominado *senatus consultus* para reformar la Constitución. Sin embargo, el Senado perdió credibilidad al validar prácticamente todas las decisiones del Primer Cónsul que era Napoleón Bonaparte, incluso aquella en la que eliminó el régimen republicano para dar lugar al Imperio.

Previamente a la explicación del funcionamiento del control previo de los tratados internacionales en Francia, consideramos necesario explicar de manera sucinta el procedimiento o las formalidades que se requieren para la celebración de los mismos.

El Presidente de la República es el facultado por el artículo 52 de la Constitución para negociar y ratificar los tratados internacionales. Sin embargo, conforme al artículo 53 del propio ordenamiento supremo, no podrán ser ratificados ni aprobados sino en virtud de una ley, los tratados de paz, de comercio, o los 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, este tipo de instrumentos no

¹⁰⁸ Basterra Díaz, Aurora, “El control previo de instrumentos internacionales como proceso constitucional”, disponible en Internet
<http://www.scjn.gob.mx/SiteCollectionDocuments/PortalSCJN/RecJur/Becarios/pdf/BASTERRA-DIAZ.pdf>

surtirán efecto alguno sino después de haber sido ratificados o aprobados, y ninguna cesión, canje o accesión territorial será válida sin el consentimiento de las poblaciones involucradas.

Lo anterior pone de relieve que existen dos tipos de tratados, aquellos que necesitan aprobación legislativa antes de su ratificación, y aquellos que pueden ser negociados y ratificados por el jefe de Estado, sin aprobación previa del parlamento. En el primer caso, esto es, cuando exista una ley de aprobación del instrumento internacional, esta puede ser sujeta a referéndum siempre que con motivo de la suscripción del tratado pudiera haber modificaciones sustanciales al funcionamiento institucional. Así lo consagra el artículo 11 de la Ley Fundamental que dice:

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.

Ahora bien, el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales se encuentra previsto en el artículo 54 de la Constitución. Indica este precepto que el control preventivo podrá ser solicitado al Consejo Constitucional¹⁰⁹ por el Presidente de la República; el Primer Ministro; el Presidente de la Asamblea Nacional; el Presidente del Senado, o por sesenta Diputados o sesenta Senadores. La solicitud deberá enviarse al Consejo Constitucional “...antes de la ratificación o aprobación de la obligación

¹⁰⁹ Para conocer algunos antecedentes históricos, justificación y naturaleza del Consejo Constitucional, Cfr., Pérez Tremps, Pablo, *Estudios sobre justicia constitucional*, op. cit., p. 18; Pereira Menaut, Arturo-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2005, p. 229; Moderne, Franck, “El Consejo Constitucional francés”, en: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, *Justicia constitucional comparada*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, p. 125.

internacional, ya que, en caso de resultar ésta finalmente contraria a la Constitución, una u otra sólo pueden tener lugar previa reforma de aquella.”¹¹⁰

En lo que atañe al procedimiento a seguir, la ley fundamental nada dice, no obstante, consideramos que el artículo 61 constitucional que establece el control previo sobre las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, resulta aplicable. En este contexto, Mónica Castillejos comenta:

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 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.).¹¹¹

Por la relevancia del aludido artículo 61, se transcribe a continuación:

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. 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.

Hasta el momento hemos visto el fundamento constitucional del control previo, los sujetos legitimados para solicitarlo, el órgano competente para resolverlo, y el procedimiento seguido, principalmente la oportunidad de la presentación y el tiempo para resolver, falta señalar ahora la votación exigida para

¹¹⁰ Pardo Falcón, Javier, El Consejo Constitucional francés. *La jurisdicción constitucional en la quinta República*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 185.

¹¹¹ Castillejos Aragón, Mónica, *La Suprema Corte de Justicia de la Nación y el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales*, México, Porrúa, 2005, p. 60.

validar la constitucionalidad del tratado, o bien para decretar su invalidez, los efectos de la determinación, así como el parámetro del control previo.

Por lo que respecta al primer punto, Eduardo Agraz señala que: “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, aun siendo admitida en la práctica, la presentación de memorias escritas por parte de los órganos interesados.”¹¹²

Los efectos de las resoluciones del Consejo Constitucional en el control previo se advierten de los artículos 54 y 62 de la Constitución. Conforme al primero, si el Consejo Constitucional, requerido por los sujetos a que ya hemos hecho referencia, 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. Por su parte, el numeral 62 establece que no podrá ser promulgada, ni entrar en vigor una disposición declarada inconstitucional, y que las decisiones del Consejo Constitucional no son susceptibles de recurso, se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

Sobre el particular, el ya citado Pardo Falcón sostiene que por la vía del artículo 54 el Consejo no declara la inconstitucionalidad del tratado, sino que supedita la autorización para su ratificación o aprobación a una previa reforma de la Constitución.¹¹³

En cuanto al parámetro del control, en inicio podemos señalar que es la Constitución, de ahí el nombre de “control de constitucionalidad”, sin embargo, es importante señalar que a partir de 1971, el Consejo Constitucional tomó una decisión de singular relevancia, pues desde ese año el examen sobre la conformidad de las leyes no sólo es en relación a la Constitución, sino también

¹¹² Cfr., Agraz, César Eduardo, *Hacia una nueva legitimación de la acción de inconstitucionalidad*, México, Porrúa, 2005, p. 40.

¹¹³ *Ibidem.*, pp. 188-189.

con el preámbulo de la de 1946 y con los textos a los que ésta hace referencia, o sea, 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 República¹¹⁴ - leyes que la doctrina francesa ha identificado con las emitidas en la quinta República-, creando de este modo un bloque de constitucionalidad.

Para finalizar este apartado, es interesante mencionar que el control previo de los tratados internacionales se ha llevado a cabo en seis ocasiones, y sólo en dos de ellas el Consejo Constitucional se ha pronunciado sobre la incompatibilidad de un tratado con la Constitución. Mónica Castillejos Aragón relata estos supuestos de la siguiente manera:

...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 más 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.¹¹⁵

Explicuemos ahora el caso de **España**. Siguiendo la metodología planteada, primero señalaremos las notas generales que rigen la celebración de los instrumentos internacionales en este país.

¹¹⁴ Uribe Arzate, Enrique, *El Tribunal Constitucional*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2002, p. 206.

¹¹⁵ Castillejos Aragón, Mónica, op. cit., pp. 60-61.

Son la Constitución y el Decreto 801/1972 de 24 de marzo, los que rigen la celebración de los tratados. La negociación y ratificación de los tratados internacionales compete al Gobierno, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, previa aprobación del Consejo de Ministros, y en su caso, previa autorización parlamentaria.¹¹⁶

Una vez que se han llevado a cabo la negociación, la adopción y la autenticación del texto, previamente a la manifestación de la voluntad se necesita la intervención de las Cortes, misma que puede ser en tres sentidos, etapas que, aun cuando se contemplan claramente en el texto constitucional, son resumidas por Canosa Usera del siguiente modo:

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... 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.¹¹⁷

En efecto, de los artículos 93 y 94 de la Constitución se desprenden tres hipótesis, en el primero, tratados internacionales que requerirán de ley orgánica para su aprobación y ulterior ratificación, en el segundo, aquellos que solamente exigirán de un acuerdo parlamentario aprobatorio, y por exclusión todos los demás, que podrán ser concluidos por el Gobierno, tan solo notificando de ello a las Cortes. Los numerales cimeros de referencia disponen a la letra 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

¹¹⁶ Torres del Moral, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, 4º edición, Madrid, Universidad Complutenses Madrid, 1998, p. 230; Remiro Brotons, Antonio, op. cit., p. 77; Díez de Velasco Vallejo, Manuel, op. cit., p. 151.

¹¹⁷ Canosa Usera, R., "Tratado internacional", en: Lucas Verdú, Pablo (comp.), op. cit., p. 412.

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.”

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.
- 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.

Ahora bien, el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales se encuentra previsto en el artículo 95 constitucional, conforme al cual “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.”, la legitimación activa para instar ese medio de control se atribuye por el mismo numeral en comento al Gobierno o cualquiera de las Cámaras, quienes podrán requerir al Tribunal Constitucional que declare si existe o no esa incompatibilidad.

Es necesario precisar que la Constitución habla del “Gobierno”, por tanto, para que éste pueda elevar la petición al órgano de control, indica Méndez Rocasolano, debe contar con la aprobación del Consejo de Ministros.¹¹⁸

Por su parte, para que las Cortes puedan requerir al Tribunal Constitucional un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de un tratado internacional, “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)

¹¹⁸ Cfr., Méndez Rocasolano, M.A., “Control de constitucionalidad”, en: Lucas Verdú, Pablo (Comp.), op. cit., p. 58.

habilita a un solo grupo parlamentario o 25 senadores para hacer dicha propuesta.”¹¹⁹

El procedimiento para sustanciar el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales se contempla en el artículo 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En inicio, no existe un plazo determinado para elevar al Tribunal la consulta, pero debe ser antes de la ratificación del tratado internacional, esto es, una vez que el texto esté fijado en forma definitiva, pero respecto del cual no se haya prestado el consentimiento. Cuando se reciba la petición correspondiente, el Tribunal Constitucional deberá emplazar al solicitante y a los demás órganos legitimados, para que en el plazo de un mes manifiesten lo que corresponda. Dentro del mes siguiente el Tribunal emitirá la determinación. El Tribunal Constitucional puede solicitar a cualquiera de las partes o a cualquier otro órgano estatal o persona física o moral, o a las Comunidades Autónomas, las aclaraciones, ampliaciones o precisiones que considere necesarias, mismas que serán presentadas en treinta días como máximo, después de los cuales el Tribunal Constitucional emitirá la resolución ha que haya lugar.

Los efectos de la determinación se desprenden de los artículos 95.1 y 164.1 constitucionales. El primero de los indicados numerales prescribe que “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.”, mientras que el segundo apunta 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.

¹¹⁹ Torres del Moral, Antonio, op. cit., p. 804.

Lo anterior significa que si la determinación del Tribunal Constitucional es en el sentido de que el tratado sometido a su consideración contiene cláusulas que son contrarias a la Constitución, no procederá su celebración sin la previa modificación constitucional.

Sin embargo, la reforma constitucional no es la única alternativa con la que se cuenta para poder incorporar al sistema jurídico nacional un compromiso internacional, por ejemplo, Méndez Rocasolano comenta que en caso de que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad del tratado, se podrá renegociar el texto, realizar reservas, renunciar a la ratificación del Tratado o reformar la Constitución.¹²⁰

Diez de Velasco agrega a las anteriores posibilidades, simple y llanamente no prestar el consentimiento, puesto que nada obliga a ser parte de un tratado, evitando de esa forma el conflicto con la Constitución.¹²¹

De manera más sistemática, Torres del Moral citando a Remiro Brotons, sostiene que existen cuatro caminos a tomar en caso de una declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional, a saber, (1) volver a negociar el texto, (2) hacer reservas al documento ya acordado, (3) reformar la Constitución, y (4) renunciar a la conclusión del compromiso internacional.¹²²

Finalmente, 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...[el segundo caso se presentó 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."¹²³

¹²⁰ Méndez Rocasolano, M.A., Control De Constitucionalidad, en: Lucas Verdú, Pablo (Comp.), op. cit., p. 58.

¹²¹ Diez de Velasco Vallejo, Manuel, op. cit, p. 161.

¹²² Torres del Moral, Antonio, op. cit., p. 151.

¹²³ Castillejos Aragón, Mónica, op. cit., p. 36-46.

Hasta ahora hemos visto algunas experiencias europeas sobre el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, pero ¿Qué pasa en América Latina?

El estudio de algunos sistemas latinoamericanos nos ayudará a poner en su justa dimensión la situación que impera en nuestro país, y a medir el verdadero nivel de retraso en el que nos encontramos, al comparar el sistema de control de la constitucionalidad nacional con sistemas de países que guardan en relación a México, contextos económicos, políticos y sociales, muy similares.

Iniciemos por explicar el caso de **Chile**.

La celebración de los tratados internacionales en este país andino requiere la intervención obligatoria del Presidente de la República y del Congreso Nacional, en tanto que la participación del Tribunal Constitucional será potestativa, y estará sujeta a instancia de parte y a los plazos específicos que señala la Constitución, como veremos en su oportunidad.

Las facultades del Presidente y del Congreso no nos parecerán ajenas en tanto que son idénticas a las conferidas por nuestra Constitución al Ejecutivo federal y a la Cámara de Senadores.

En efecto, conforme al artículo 32, numeral 15 de la Constitución de Chile, son atribuciones especiales del Presidente de la República conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones, concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los cuales deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo dispuesto en el artículo 54, numeral 1, de la propia ley fundamental; esta porción constitucional agrega que las discusiones y deliberaciones sobre estas materias serán secretas si el Presidente de la República así lo exigiere.

Por su parte, el mencionado artículo 54, inciso 1) constitucional consagra como atribución del Congreso aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. Este mismo precepto contiene las directrices generales que deberán observarse en la

celebración y conclusión de los compromisos internacionales, mismo que de manera sucinta señalamos a continuación:

- La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.¹²⁴
- El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle.
- El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional.
- Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor, no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley.
- No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

¹²⁴ El artículo 66 dispone: “Artículo 66. Las normas legales que interpreten preceptos constitucionales necesitarán, para su aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán, para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.

Las demás normas legales requerirán la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara, o las mayorías que sean aplicables conforme a los artículos 68 y siguientes.”

- Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional.
- Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.
- En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro.
- El retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, el Congreso Nacional deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva.
- Deberá darse debida publicidad a los hechos relacionados con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo.
- En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su

cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en el artículo 64.¹²⁵

Ahora bien, la intervención del Tribunal Constitucional está contemplada en el artículo 93 constitucional¹²⁶. Antes hemos mencionado que la participación de este órgano de control está limitada tanto por razón de temporalidad, lo que significa que no en cualquier tiempo puede actuar, así como porque su actuación no es oficiosa, sino que está precedida de la petición que le haga cualquiera de los sujetos legitimados por la propia Constitución.

¹²⁵ El artículo 64 dispone: “Artículo 64. El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley.
Esta autorización no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado.

La autorización no podrá comprender facultades que afecten a la organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional ni de la Contraloría General de la República.

La ley que otorgue la referida autorización señalará las materias precisas sobre las que recaerá la delegación y podrá establecer o determinar las limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen convenientes.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, el Presidente de la República queda autorizado para fijar el texto refundido, coordinado y sistematizado de las leyes cuando sea conveniente para su mejor ejecución. En ejercicio de esta facultad, podrá introducirle los cambios de forma que sean indispensables, sin alterar, en caso alguno, su verdadero sentido y alcance.

A la Contraloría General de la República corresponderá tomar razón de estos decretos con fuerza de ley, debiendo rechazarlos cuando ellos excedan o contravengan la autorización referida.

Los decretos con fuerza de ley estarán sometidos en cuanto a su publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.”

¹²⁶ Para conocer la relevancia que ha tenido este órgano de control en la consolidación de la democracia chilena, Cfr., Couso, Javier, “La política de la revisión judicial en Chile durante la era de la transición democrática: 1990-2002” y Cea Egaña, José Luis, “El tribunal constitucional y el desarrollo democrático de Chile”, ambos en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales constitucionales y democracia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, pp. 459-487 y 693-712.

En esta tesitura, la doctrina chilena señala que existen controles preventivos obligatorios y controles preventivos contenciosos. Los tratados internacionales entran dentro de esta segunda categoría.¹²⁷

El Tribunal Constitucional está facultado para controlar la constitucionalidad de un tratado internacional de manera preventiva, o sea, antes de que se preste el consentimiento para quedar obligado a él. De manera particular, el referido artículo 93, numerales 1 y 3, disponen que son atribuciones del Tribunal Constitucional: “Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación” y “Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.”

En este caso, el Tribunal sólo podrá conocer del control previo, a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después del quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación.

Como la Constitución de Chile es omisa al respecto, se ha sostenido por algunos que un tratado internacional incorporado al derecho interno, siguiendo las formalidades constitucionales antes vistas, no puede ser cuestionado ni en su validez, ni en su aplicación.¹²⁸

Veamos ahora lo que contempla la Constitución de **Colombia**.

Siguiendo la tradición latinoamericana, en Colombia la facultad para celebrar tratados internacionales corresponde al Presidente de la República, al

¹²⁷ Cfr., Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Estructura y atribuciones de los tribunales y salas constitucionales de Iberoamérica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, p. 251.

¹²⁸ Cfr., Nogueira Alcalá, Humberto, “La jurisdicción constitucional en Chile”, en: García Belaunde, D. y Fernández Segado, F. (coords.) *La jurisdicción constitucional en iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 549.

Congreso toca aprobarlos o rechazarlos, y a la Corte Constitucional verificar su conformidad con la ley suprema.

Dice el artículo 150, numeral 16 de la Constitución, que corresponde al Congreso aprobar o improbar los tratados que el Jefe del Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional, agrega que por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

A su vez, el artículo 189, numeral 20, señala que corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, “Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso.”

Las anteriores disposiciones se ven complementadas por el artículo 224 constitucional, conforme al cual, los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso, sin embargo, el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales que así lo dispongan, en estos casos, tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación, si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado.

El control preventivo de la constitucionalidad de los tratados se hará del modo siguiente. Dispone el artículo 241¹²⁹, numeral 20 de la Constitución, que a la Corte Constitucional le corresponderá, entre otras funciones:

¹²⁹ Para conocer más acerca de las demás atribuciones de la Corte Constitucional colombiana, Cfr., “La acción de tutela en la carta política de 1991. El derecho de amparo y su influencia en el ordenamiento constitucional de Colombia”, en: Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, op. cit., pp. 225-228.

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

Así pues, del texto citado podemos extraer dos hipótesis. La primera, es cuando el Presidente envía a la Corte Constitucional tanto el tratado como la ley de aprobación, dentro de los seis días siguientes a la sanción de ésta, si la Corte declara la inconstitucionalidad, el tratado no podrá ser ratificado, en caso contrario, el Presidente podrá llevar a cabo el canje de notas diplomáticas y por ende la ratificación correspondiente, o sea, es un control previo a la ratificación del tratado, pero posterior a la sanción de la ley, además es un control integral, ya que se analiza tanto el contenido material del tratado, como el contenido material y la forma de la ley de aprobación¹³⁰. La segunda, tiene lugar cuando el tratado es multilateral y existe una declaratoria de inconstitucionalidad parcial, supuesto en el cual podrá ratificarse el tratado, pero acompañado de la reserva correspondiente. En ambos casos los ciudadanos podrán participar para defender o impugnar la constitucionalidad del tratado y de la ley que lo aprueba.

En este contexto, comenta Eduardo Cifuentes Muñoz que el control previo a la ratificación de la constitucionalidad de los tratados internacionales ha permitido, por un lado, preservar el principio de supremacía constitucional y, por el otro, dar cumplimiento fiel a los fines de los pactos internacionales, evitando que el Estado colombiano contraiga obligaciones internacionales que sean incompatibles con la Constitución.¹³¹

Por último, cabe hacer mención del sistema contemplado en la Constitución de **Costa Rica** para la recepción de los instrumentos internacionales. En el caso

¹³⁰ Cfr., Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Estructura y atribuciones de los tribunales y salas constitucionales de Iberoamérica*, op. cit., p. 336.

¹³¹ Cfr., Cifuentes Muñoz, Eduardo, “La jurisdicción constitucional en Colombia”, en: García Belaunde, D. y Fernández Segado, F, (coords.), op. cit., p. 478.

de este país encontramos los rasgos generales que vimos en el resto de las otras naciones latinoamericanas, pero con algunas particularidades.

La celebración de los tratados internacionales corresponderá al Presidente, pero conjuntamente con el Ministro que corresponda, según la materia del tratado. La aprobación del instrumento internacional respectivo será competencia de la Asamblea Legislativa, y en ocasiones de una Asamblea Constituyente, y la verificación de la constitucionalidad del compromiso le tocará realizarla a la Sala Constitucional.

La facultad del Presidente y del Ministro que corresponda, se encuentra establecida en el artículo 140, numeral 10 de la Constitución, en el cual se indica que son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno, entre otras, celebrar convenios, tratados públicos y concordatos, promulgarlos y ejecutarlos una vez aprobados por la Asamblea Legislativa o por una Asamblea Constituyente, cuando dicha aprobación la exija la Constitución, sin embargo, los protocolos derivados de dichos tratados públicos o convenios internacionales que no requieran aprobación legislativa, entrarán en vigor una vez promulgados por el Poder Ejecutivo.¹³²

Por su parte, el artículo 121, inciso 4 de la propia ley suprema establece que corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos, y en armonía con lo previsto por el citado artículo 140, agrega que no requerirán aprobación legislativa los protocolos de menor rango derivados de tratados públicos o convenios internacionales aprobados por la Asamblea, cuando estos instrumentos autoricen de modo expreso tal derivación.

Agrega el precepto de referencia que cuando los tratados públicos y convenios internacionales atribuyan o transfieran determinadas competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos regionales

¹³² Cfr., Villarroel Villarroel, Darío, *Derecho de los tratados en las constituciones de América*, México, Porrúa, 2004, p. 30.

y comunes, se requerirá la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros.

Aunado a las formalidades antes referidas, el artículo 7 constitucional expresa que los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán de la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto. Esto supone un procedimiento más dificultado para la adopción de un instrumento internacional, en la medida que merced a su celebración, se estarían implicando facultades soberanas del Estado costarricense.

Por último, es importante mencionar que corresponde a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia¹³³ conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, esto, de conformidad con el contenido del artículo 10, inciso b) del código fundamental.

A este tipo de control la doctrina *tica* la denomina “consulta legislativa de constitucionalidad”, que puede ser tanto *a priori*, como *a posteriori*. La primera (preventiva) no solamente procede en materia de tratados internacionales, sino también en el caso de proyectos de revisión constitucional y de reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional.¹³⁴

Las consultas legislativas previas pueden ser de dos tipos, preceptivas u obligatorias, y facultativas. La que se hace sobre tratados internacionales es de carácter preceptiva, o sea, que es obligatoria y procede en todos los casos. En estos supuestos le corresponde al Presidente de la Asamblea Nacional elevar la

¹³³ Para conocer la evolución y desarrollo del control de la constitucionalidad ejercido por la Sala Constitucional de Costa Rica, Cfr., Hernández Valle, Rubén, “La evolución de la justicia constitucional y sus retos en Costa Rica”, en: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tribunales constitucionales y democracia*, op. cit., pp. 595-621.

¹³⁴ Cfr., Hernández Valle, Rubén, “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”, en: García Belaunde, D. y Fernández Segado, F, pp. 506-507.

consulta a la Sala Constitucional. El control previo sobre otros proyectos de ley ordinaria o actos con fuerza de ley, será de carácter potestativo.¹³⁵

De igual manera, es de destacar que el dictamen que emita la Sala Constitucional en el control previo, no obstaculiza la posibilidad de interponer aquellos recursos posteriores en los cuales se pueda impugnar la inconstitucionalidad de la norma de que se trate.¹³⁶

De todos los casos anteriores se desprenden dos denominadores comunes, por un lado, es el órgano de control de la constitucionalidad el encargado de verificar la constitucionalidad de los tratados internacionales, llámese tribunal, corte o sala, todos con el adjetivo “constitucional”; en segundo lugar, esa verificación se hace de manera previa o preventiva, o sea, antes de que el tratado respectivo sea ratificado, o antes de que se dé el consentimiento en obligarse a su contenido, lo que implica que en realidad si bien se analiza un proyecto de tratado, ese proyecto es el definitivo, o sea, el que ya no va sufrir modificaciones y al que estaría obligándose el Estado correspondiente. En aquellos sistemas que contemplan leyes de aprobación, el control previo también se hace respecto de ellas, por contenido material y por forma, existiendo casos en los que el control es posterior a la sanción de esa ley, pero anterior a la ratificación del tratado internacional.

Asimismo, es importante destacar que el “control previo” es una forma de controlar la constitucionalidad de normas generales, y como tal, es susceptible de tener variantes según el sistema que se analice. “El control consultivo” puede ser considerado como una modalidad del control previo, y de manera más precisa, es una modalidad del efecto que tendrá la determinación que emita el órgano de control, en oposición a un control previo con efecto vinculante (no meramente consultivo).

¹³⁵ Cfr., Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Estructura y atribuciones de los tribunales y salas constitucionales de Iberoamérica*, op. cit., p. 390.

¹³⁶ Cfr., Hernández Valle, Rubén, op. cit., p. 507.

Sin embargo, el control meramente consultivo por sí mismo no es propio del control previo, pues también puede haber medios de control *a posteriori*, con carácter consultivo. Cabe aclarar previamente, que el control previo llevado a cabo en Francia por el Consejo Constitucional, no es de carácter “consultivo”, sino más bien “potestativo” en unos casos, y “obligatorio” en otros, pero en ambos, con carácter vinculante.

El artículo 54 de la constitución francesa dispone: “Si el Consejo Constitucional, requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro, por el Presidente de cualquiera de las dos Cámaras 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 reforma de la Constitución.”

He aquí un ejemplo de un control previo de carácter potestativo (a instancia de los órganos autorizados), de carácter vinculante (en oposición a uno meramente consultivo), en tanto que de detectarse incompatibilidad entre el tratado y la constitución, el primero solo puede ser ratificado o aprobado previa revisión constitucional.

Costa Rica presenta otro ejemplo ilustrativo. En este país corresponde a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, esto, de conformidad con el contenido del artículo 10, inciso b) de la constitución.

A este tipo de control la doctrina costarricense la denomina “consulta legislativa de constitucionalidad”, que puede ser tanto *a priori*, como *a posteriori*. La primera (preventiva) no solamente procede en materia de tratados internacionales, sino también en el caso de proyectos de revisión constitucional y de reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Las consultas legislativas previas pueden ser de dos tipos, preceptivas u obligatorias, y facultativas. La que se hace sobre tratados internacionales es de

carácter preceptiva, o sea, que es obligatoria y procede en todos los casos. El control previo sobre otros proyectos de ley ordinaria o actos con fuerza de ley, será de carácter potestativo. Víctor Bazán señala al respecto:¹³⁷

Con relación a la denominada *consulta de constitucionalidad*, la parte introductoria del art. 96 de la L.J.C. prevé que la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva *previa* sobre los proyectos legislativos en los casos que determina tal norma. Será *preceptiva* cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la ley de jurisdicción constitucional, así como de *los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros*.

Conviene señalar que existen otros sistemas en los cuales el control de los instrumentos normativos es previo, pero meramente consultivo, en tanto que la determinación del órgano de control no es obligatoria (aunque de hecho se acate), tales son los casos de varios países del *common law* a través de los denominados *reference cases*, traducido por algunos como “opinión judicial consultiva”; en Países Bajos, la inconstitucionalidad del tratado puede ser superada si el mismo es aprobado por una mayoría calificada en el parlamento, que por regla general es el equivalente a las dos terceras partes de los parlamentarios (el artículo 91.3 de la constitución de este país dispone: “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.”).

No pasa desapercibido que ocupa un lugar central en la obra de Víctor Bazán el análisis de sistemas preventivos de control, concretamente los casos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Perú y Venezuela, pero analiza también a México, Brasil y Uruguay, y algunas experiencias europeas. Lo anterior explica por qué el autor es partidario del sistema preventivo de control, pero su libro es más que un análisis comparado del control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales.

¹³⁷ Bazán, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Un análisis de derecho comparado*, México, Porrúa, 2003, p. 7.

Néstor Pedro Sagües manifiesta que Víctor Bazán encara un subtema de importancia cotidiana, como es la actitud de la magistratura constitucional frente a los tratados internacionales, tema que tiene una dimensión constitucional normativa (retratada en los tipos de control, preventivo o reparador, de esos instrumentos, con variables disímiles acerca de quién puede excitar dicha revisión, quién la resuelve, mediante qué vías y con qué efectos, que van desde el rechazo del tratado inconstitucional hasta la posible adaptación o reforma de la constitución nacional, para admitirlo), y paralelamente, otra existencial, referida al comportamiento concreto de Salas, Cortes y Tribunales constitucionales en dicha tarea.

3.3 El caso de la Unión Europea

El caso de la Unión Europea merece singular atención, dada la especial naturaleza jurídica que tiene, esto es, una integración que es de carácter supranacional, y que cuenta con un complejo entramado jurídico que regula la forma en que puede ser parte de tratados internacionales.

De las definiciones que del término “tratado internacional” proporcionamos en el capítulo 2 de este trabajo, pudimos distinguir claramente que su celebración no solamente puede darse entre Estados, sino en general, entre otros sujetos de la comunidad internacional, como pueden ser algunos organismos internacionales, verbigracia, la Unión Europea. En efecto, este sujeto de derecho internacional puede celebrar tratados internacionales, e incluso, 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, que en la especie es el Tratado de Roma.

Una primera cuestión a establecer, es la determinación de cuál 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.

Sin perjuicio de las notas generales recién apuntadas, expliquemos con mayor detalle cual es el funcionamiento del control previo en la Unión Europea. Filiberto Otero Salas afirma que debe diferenciarse entre las Comunidades y la propia Unión Europea, diciendo que las primeras son organizaciones de carácter internacional con personalidad jurídica propia, pero se encuentran vinculadas al compartir la misma organización e instituciones; por su parte la Unión Europea aunque es una organización intergubernamental no cuenta con personalidad jurídica propia, no tiene instituciones propias, por lo que su actividad la realiza por conducto de las instituciones de las Comunidades.¹³⁸

¹³⁸ Cfr. Otero Salas, Filiberto, *Los instrumentos de control político y jurisdiccional en el estado constitucional. Antecedentes, actualidad y perspectivas*, México, Porrúa, 2008, p. 259.

Las instituciones a través de las cuales la Unión Europea ejerce sus actividades son la Comisión Europea, el Consejo, el Parlamento, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Primera Instancia, el Tribunal de Cuentas, el Banco Central Europeo, el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones, el Comité Consultivo de la CECA y el Banco Europeo de Inversiones. El órgano superior es el Consejo Europeo el cual se encarga de la política exterior y seguridad común, cooperación en los asuntos de justicia y asuntos del interior.

El derecho de la Unión Europea es un derecho autónomo de carácter supranacional originado por la transferencia de competencias de los Estados miembros a favor de las Comunidades y después a la Unión. Las normas que dieron lugar a la Unión Europea y que la rigen, se clasifican de la siguiente manera:

- a) Los tratados constitutivos: entre ellos se encuentra el Tratado de París de 1951 con el que se creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA); y el Tratado de Roma de 1957 mediante el que se creó a la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEAA).
- b) Los tratados de reforma puntual: Aquí se tiene al Tratado de Amsterdam que derogó la Convención de Roma de 1957, el Tratado de Bruselas y el Tratado de Luxemburgo de 1970.
- c) Los tratados de reforma sustancial: dentro de este grupo se ubica el Acta Única Europea firmada en Luxemburgo y La Haya en 1986; el Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht de 1992; el Tratado relativo a la adhesión de Austria, Suecia y Finlandia a las Comunidades Europeas, firmado en 1994; el Tratado de Ámsterdam de 1997; el Tratado de Niza de 2001.

- d) El derecho derivado: se compone de normas y actos comunitarios que emanan de las instituciones de la Unión Europea por así permitirlo de forma genérica o específica el derecho originario.

En primer lugar debe señalarse que en la Unión Europea se lleva a cabo un control del poder entre los órganos que son inherentes a ella en sentido amplio, mientras que el control del poder por la Unión Europea es el que se ejerce por los órganos parte de ésta en contra de los Estados miembros, personas físicas y morales y, finalmente, el control del poder de la Unión Europea se da por los individuos o Estados miembros en contra de la Unión Europea.¹³⁹

Dado que existen diversas maneras de control del poder en Europa, se les ha clasificado a esos medios en jurisdiccionales y no jurisdiccionales, otros doctrinarios han preferido dividirlos en políticos y jurídicos. En los medios de control políticos tenemos a la moción de censura, las interpelaciones, los informes, el control del presupuesto, la celebración de tratados con terceros, la suspensión del ejercicio de derechos, la fiscalización de ingresos y egresos, la vigilancia de la aplicación del derecho comunitario y su incumplimiento. Como medios de control jurídicos se encuentran los de carácter contencioso y los de carácter prejudicial; los de tipo contencioso comprenden el recurso de anulación, el recurso por inactividad, el recurso por incumplimiento, la excepción de ilegalidad y el recurso por responsabilidad extracontractual de la Comunidad; los de tipo prejudicial son el recurso de interpretación y el recurso de apreciación de validez.

Es preciso decir que los órganos de la Unión que ejercen el control del poder son el Parlamento Europeo, la Comisión, el Tribunal de Cuentas, el Tribunal de Justicia y el Consejo Europeo.

Filiberto Otero Salas ubica dentro de los controles políticos el de los acuerdos internacionales. Este autor señala que su regulación está contenida en los artículos 251, 252, 300 y 310 del Tratados de la Comunidad Europea, y 228 del

¹³⁹ Ibidem., p. 261.

Tratado de la Unión Europea. No obstante, también considera como control jurídico al que se ejerce previamente sobre la legalidad de los acuerdos internacionales.

El artículo 281 del Tratado de Roma, mediante el cual se constituyó la Comunidad Europea el 25 de marzo de 1957, fue modificado por el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, y constituye la base de la personalidad jurídica de la Unión Europea.

Lo correspondiente al procedimiento de conclusión de los tratados internacionales, se encuentra previsto en el artículo 300 del mismo instrumento. En este numeral se prevé que una figura denominada Comisión Europea o Ejecutivo Comunitario, es quien se encarga de asistir en la fase de negociaciones, pero actúa bajo el mandato del Consejo que es un órgano intergubernamental que se integra con representantes de la Comunidad Europea. Dicho Consejo tiene facultades de decisión respecto a la celebración de tratados internacionales y su conclusión así como la admisión de Estados miembros, por lo que delimita y autoriza las materias de la negociación, siendo de su exclusiva competencia la ratificación de los acuerdos que se hayan firmado por la Comisión. Solamente en tratándose de acuerdos internacionales en materia comercial, se solicita al Parlamento Europeo un dictamen a efecto de la manifestación del consentimiento en obligarse por parte del Consejo Europeo.

El dictamen que puede emitir el Parlamento puede ser conforme o consultivo. El dictamen consultivo es aquel en el Parlamento expresa su opinión sobre las cuestiones que se le someten, y el dictamen conforme es el que necesariamente debe emitir el Parlamento Europeo sobre una propuesta de la Comisión con anterioridad a que el Consejo adopte una decisión sobre ella, siendo considerado esta clase dictamen como una facultad de veto. El plazo para la emisión del dictamen se fija por el Consejo Europeo de acuerdo a la urgencia, pero si el Parlamento no llegare a emitirlo en dicho plazo, el Consejo se encuentra facultado para resolver ante su inexistencia

Al acto jurídico mediante el cual el Consejo Europeo ratifica el acuerdo internacional, adopta la forma de reglamento comunitario, el cual tiene efectos de alcance general y aplica directa e inmediatamente a todos los Estados Miembros.

Destaca que en el Tratado de Roma no se prevé que la Comunidad Europea tenga facultades genéricas para celebrar tratados internacionales, sino que distribuye competencias según las áreas específicas de que se trate, poniendo énfasis en materia de política comercial común.

Según Emmanuel Roa Ortiz¹⁴⁰, en la doctrina del derecho comunitario se pueden distinguir dos tipos de facultades de la Comunidad Europea para concluir tratados internacionales, las expresas y las implícitas. Las facultades expresas o *expressis verbis* son aquellas que se encuentran señaladas en el tratado constitutivo las cuales van a permitir que la Comunidad Europea concluya acuerdos internacionales en determinadas áreas y materias. Por su parte, las facultades implícitas o *implied powers* son aquellas que, a falta de disposición expresar, se derivan de otras disposiciones de carácter general del tratado constitutivo como las contenidas en los artículos 94, 95 y 308 del Tratado de Roma que hablan, respectivamente, de: la adopción, por unanimidad, de las medidas que incidan en el establecimiento o funcionamiento del mercado común; la adopción, por mayoría cualificada, de medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado común; los poderes implícitos. Cuando la Comunidad Europea pretenda concluir la negociación de un acuerdo internacional con base en una facultad implícita, ésta debe justificarse plenamente de conformidad con su tratado constitutivo.

Pues bien, aunque los miembros de la Comunidad Europea tengan facultades para celebrar tratados internacionales con otros países, todos deberán

¹⁴⁰ Roa Ortiz, Emmanuel, “Tratados Internacionales y Control Previo de Constitucionalidad: una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado Mexicano”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo [coordinadores], *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional* [‘Justicia’] T. I., UNAM, IJ, México, 2001.

ser objeto de control previo de legalidad como lo dispone el apartado seis del artículo 300 del Tratado de la Comunidad Europea.

En el proceso de conclusión de los tratados internacionales en la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, desempeña un papel muy importante porque ante él pueden acudir las instituciones comunitarias (el Parlamento, el Consejo, la Comisión o cualquier Estado miembro; esto último ha sido interpretado de esa forma por el Tribunal de Justicia pues del mencionado artículo 300 solamente se lee que la Comunidad Europea tiene la facultad para concluir tratados, pero dicho Tribunal en su dictamen 2/91 referente a la Convención de la Organización Internacional del Trabajo relativa a la seguridad en la utilización de productos químicos en el trabajo, estableció tener competencia en los acuerdos concluidos por los Estados miembros en una ocasión pues aquel acuerdo no iba a ser concluido por la Comunidad sino por sus Estados miembros en lo individual ya que la Comunidad como ente único no figura como miembro de la Organización Internacional del Trabajo) para que opine si la conclusión de determinado tratado fue realizada dentro de la esfera competencial de la Comunidad Europea y no como abuso de sus facultades. Dicha función consultiva se encuentra regulada en el artículo 228.6 del Tratado de Roma, pero aunque se le denomine de esa forma, lo cierto es que las resoluciones que emita el Tribunal en uso de esa atribución son obligatorias.

Su procedencia es respecto de acuerdos que la Comunidad o alguno de los Estados miembros vayan a celebrar a efecto de que el Tribunal de Justicia declare la compatibilidad o no de ese tratado que se vaya a celebrar en relación con el Tratado de la Comunidad Europea y así evitar consecuencias traducidas en vicios formales o materiales. Se dice que existen vicios formales cuando existe incompetencia o exceso de poder del órgano que expresa el consentimiento, o por vicios procesales en el *iter* formativo de la voluntad de la Comunidad; serán vicios materiales cuando el texto del acuerdo que se vaya a celebrar contenga disposiciones contrarias o incompatibles con el Tratado de la Comunidad Europea.

Para promover este recurso se presenta una solicitud de dictamen por alguno de los sujetos legitimados y, una vez recibida, se llevan a cabo las respectivas notificaciones. Si la solicitud fue presentada por el Consejo Europeo, se deberá notificar a la Comisión, al Parlamento y a los Estados miembros; si se presentó por la Comisión, se notifica al Consejo, el Parlamento y los Estados miembros; y si es presentada por un Estado miembro se notifican también a las instituciones comunitarias y demás Estados miembros.

Hechas las correspondientes notificaciones, el presidente del Tribunal señalará un plazo para que todos exhiban sus observaciones, nombrará al juez ponente y ordenará que se reúna el Tribunal con carácter reservado previa audiencia de los abogados generales. Posteriormente, se emite el dictamen que deberá ir firmado por quienes hayan participado y se notifica de la misma manera. Fernando Castillo de la Torre resalta que este procedimiento tiene tres características que son la ausencia de publicidad, que no es contencioso y que participan todos los abogados generales.¹⁴¹

Este mecanismo permite tener un control previo de los tratados internacionales que celebre la Unión Europea pues, mediante las resoluciones que dicta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se establece la compatibilidad o incompatibilidad de los acuerdos internacionales celebrados con las facultades que establece el Tratado de Roma sobre el derecho de negociación de la Unión Europea. Esa declaración cumple con lo dispuesto en el artículo 220 del Tratado Constitutivo de Roma relativo a garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del tratado.

¹⁴¹ Cfr. Castillo De La Torre, Fernando, *El control judicial de los acuerdos internacionales*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 48.



CAPÍTULO 4

PROPUESTAS PARA INSTAURAR EL CONTROL PREVIO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MÉXICO

4.1 El órgano complejo encargado de la celebración de los tratados internacionales en México

El constitucionalismo en nuestros días sigue presentando, a nivel mundial, discrepancias respecto del modelo a seguir para controlar la constitucionalidad de los tratados internacionales -según ha quedado de manifiesto en el capítulo 2-, considerando a estos como fuente secundaria del Derecho Constitucional, pues implica la previa existencia de un ordenamiento constitucional con el que deben estar acordes.

Así pues, la cuestión a ser analizada en este apartado, no es la necesidad de un control de constitucionalidad de los tratados en México, lo que se descarta por la necesidad lógica expuesta, sino qué modelo garantiza la efectividad del mencionado control y qué órganos deben participar en el proceso para hacerlo eficaz. Las alternativas, que en una primera instancia parecen existir, son las siguientes:

a) Un control posterior que puede ser considerado cuando los tratados internacionales ya forman parte del ordenamiento jurídico, por haber cumplido las formalidades previstas en la propia Constitución y que son susceptibles de ser revisados judicialmente, por tanto, reconocen implícitamente el posible conflicto entre el tratado vigente y la Constitución, significando en realidad un control represivo o reparador del tratado, porque su finalidad es, precisamente, reparar la violación que se ha cometido al pacto federal con la entrada en vigor de una norma que le es contraria.

b) El control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, esto es, que antes de su aprobación sean revisados por el órgano jurisdiccional

competente, para que aquéllos estén de acuerdo con la Constitución, esto evitaría ciertamente, la inconstitucionalidad de un proyecto de tratado internacional que hubiera sido negociado por el Presidente de la República, que de otro modo, si entra al ordenamiento jurídico interno, podría haber sido declarado inconstitucional. La finalidad en este caso no es reparar la violación, sino prevenir la misma, a través de un examen *a priori* de su constitucionalidad.

Creemos que la segunda opción es la más conveniente.

Emmanuel Roa Ortiz¹⁴² expresa que para implementar un control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales en México se puede hacer de dos maneras: a) solamente agregar este tipo de control a los ya existentes; o b) incorporarlo como un sistema de control de la constitucionalidad totalmente nuevo.

Si se optara por únicamente agregar a los medios de control de la constitucionalidad existente el previo, haría necesario la modificación de los supuestos de activación del juicio de amparo y de las acciones de inconstitucionalidad. Roa Ortiz recomienda que, de adoptarse esta posibilidad, en primer lugar tendrían que reformarse los supuestos de procedencia de las acciones de inconstitucionalidad ya que contienen una específica vocación de control *in abstracto* de los tratados internacionales. En el caso del juicio de amparo, sería distinto porque el control que se ejerce mediante él es predominantemente concreto, aunque cabe recordar que en amparo contra leyes, específicamente en recurso de revisión, existe la posibilidad de estudiar la constitucionalidad de tratados internacionales (artículo 107, fracción VIII constitucional, y 10, fracciones II y III de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

La introducción en México de un control previo de constitucionalidad, según lo propongo, tiene algunas similitudes con los autores examinados, con la salvedad de que para un sistema de control previo necesariamente traerá aparejada la modificación del órgano complejo encargado de llevar a cabo el

¹⁴² Roa Ortiz, Emmanuel, *op. cit.*

procedimiento de creación de los tratados internacionales, esto es, ya no solamente los poderes Ejecutivo y Legislativo tendrán participación en el mismo, sino también otro órgano ajeno a aquellos, al que se otorgue la facultad de verificar la conformidad o no de algún tratado internacional con la Constitución.

Aquí cabe recordar que la celebración de los tratados se regula en dos niveles, o sea, tanto por normas de derecho internacional, particularmente por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, como por normas internas o nacionales, siendo la Constitución la que sienta las bases generales, dejándose los aspectos secundarios o periféricos para las leyes reglamentarias.

En México son diversos los preceptos constitucionales que regulan la celebración de los tratados internacionales. En primera instancia tenemos al artículo 89, fracción X que faculta al Presidente de la República para dirigir la política exterior y para celebrar tratados internacionales, con la previa aprobación del Senado; por otra parte, el artículo 76, fracción I otorga al Senado la atribución para aprobar los tratados internacionales, y finalmente, el artículo 133 reitera medularmente el contenido de las dos disposiciones anteriores, además de sentar las pautas para la determinación de la jerarquía de esta clase de compromisos. Tales disposiciones son del tenor literal siguiente:

ARTÍCULO 76. Son facultades exclusivas del Senado:

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

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

I a IX...

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

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...

La propuesta que sobre el particular hagamos necesariamente tendrá que incidir en el régimen existente en la actualidad, o lo que es lo mismo, implicará la modificación de diversas disposiciones constitucionales y legales, para hacer

incursionar a un nuevo órgano dentro del procedimiento de formación de los tratados internacionales.

Antes de exponer nuestra propuesta, resulta conveniente describir brevemente cual es la situación que actualmente impera, en relación a cada uno de los llamados “poderes de la unión”.

En el sistema constitucional mexicano, el Poder Ejecutivo en las relaciones internacionales, como en otros rubros, tiene una fuerte presencia, aunque parezca que sus facultades en esta materia están controladas al ejercerlas conjuntamente con el Poder Legislativo, existen ciertos resquicios por donde las facultades del Ejecutivo se fortalecen y superan a los demás poderes. El Capítulo III del Título Tercero de la Constitución Mexicana hace referencia a las facultades y obligaciones del Poder Ejecutivo, en lo tocante a las relaciones internacionales el Presidente de la República tiene las siguientes facultades:

El ejercicio de la función representativa exterior.

El Presidente de la República tiene la facultad de nombrar a los Órganos de las Relaciones Internacionales, el Secretario de Relaciones Exteriores (artículo 89, fracción II), que es el funcionario más importante después del Presidente en las relaciones exteriores.

Esta facultad que tiene el Presidente es ilimitada y es muy trascendente, pues la orientación de la política exterior del país, en gran parte depende de quién sea el titular de la Cancillería. Aunque la política exterior de nuestro país se sostiene en principios que le dan homogeneidad y continuidad, en la práctica el Secretario de Relaciones Exteriores puede darle características propias.

Por otra parte, el Presidente tiene como facultad la de nombrar y remover a los Ministros, Agentes Diplomáticos y Cónsules Generales (artículo 89, fracciones II y III); esta facultad la ejerce conjuntamente con el Poder Legislativo, concretamente con la participación del Senado o de la Comisión Permanente en caso de que aquel se encuentre en receso.

También el Presidente tiene la facultad de dirigir la política exterior y celebrar tratados, atribución que se le confiere en el artículo 89, fracción X, de la

Ley Fundamental. La reforma a la fracción X del artículo 89 de la Constitución Mexicana (D.O.F. del 11 de mayo de 1988) tiene varios aspectos que merecen un comenario en los siguientes términos:

El actual texto de esta fracción dice:

“Artículo 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;”

De acuerdo con la invocada disposición, son dos las facultades que se otorgan al Ejecutivo mexicano: dirigir la política exterior observando los principios antes invocados y celebrar tratados internacionales.

2. Celebrar tratados internacionales y someterlos a la aprobación del Senado.

Esta facultad se relaciona con la exigencia que aparece en el artículo 133: "los tratados deben estar de acuerdo con la Constitución y ser aprobados por el Senado" y al cual nos referimos anteriormente.

La facultad que tiene el Poder Ejecutivo para celebrar tratados internacionales está centralizada sólo en él, ya que las Entidades Federativas, por disposición constitucional, tienen prohibido realizarlos, según lo establece el artículo 117 constitucional, el cual establece que "Los Estados no pueden, en ningún caso: I. Celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado ni con las Potencias extranjeras...".

Lo descrito en el párrafo anterior, no debe entenderse como una facultad ilimitada del Poder Ejecutivo para celebrar tratados internacionales, pues parte de las señaladas en el artículo 89, fracción X, el artículo 15 constitucional, no autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de

aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país de donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.

Ahora bien, este artículo tiene dos partes, en la primera contiene una importante limitación para el Ejecutivo en materia de protección de derechos humanos: la no extradición de reos políticos ni de esclavos, principio reconocido en diferentes tratados internacionales y, en la segunda, se hace una enfática prohibición para la celebración de los tratados que alteren las garantías y derechos establecidos por la Constitución para el hombre y el ciudadano. Esta prohibición es individualizada y parecería superflua si tomamos en cuenta que el artículo 133 ya contiene la obligación de que los tratados se ajusten a la Constitución; sin embargo, tratándose de garantías y derechos fundamentales ser explícito no está de sobra.

El Poder Legislativo y las Relaciones Exteriores.

En el análisis preliminar de las facultades del Poder Ejecutivo ya mencionamos la participación que tiene en algunos casos el Poder Legislativo, recordemos algunas: la ratificación de los nombramientos que el Presidente haga de los ministros, agentes diplomáticos, cónsules generales (artículo 89, fracción III); autorización al Presidente de la República para ausentarse del país (artículo 88); aprobar los tratados internacionales (artículo 76, fracción I y 133), etc.

Sin embargo, podemos mencionar como facultades exclusivas el Poder Legislativo en materia de relaciones exteriores, a las siguientes:

- a) Admitir nuevos Estados (artículo 73, fracción I).
- b) Dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República (artículo 73, fracción XVI).
- c) Para establecer contribuciones sobre comercio exterior (artículo 73, fracción XXIX 1º).

- d) Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional (artículo 73, fracción XXIX-F), etc.

Estas áreas son de gran importancia en el desarrollo del país y sin duda la competencia exclusiva del Poder Legislativo es relevante, pero se queda en el mero marco de una facultad legislativa sancionadora de las propuestas del Ejecutivo, ante la facultad mucho más amplia que tiene el Presidente de dirigir las negociaciones diplomáticas de acuerdo con el artículo 89.

El Poder Judicial y las Relaciones Exteriores.

El Poder Judicial tiene facultades muy importantes, sobre todo en su rol de verificador de la constitucionalidad de los actos del Ejecutivo y de la Cámara de Senadores, concretamente en la elaboración de los tratados internacionales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, tuvo como modelo a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, creada por la Constitución aprobada en Filadelfia en 1787; sin embargo, fue solamente modelo y no copia fiel, pues hubo la necesidad de adecuar ciertos preceptos a la dinámica social de nuestro país.

Las facultades del Poder Judicial que encuentra relación con las normas internacionales, se establecen en el artículo 104 constitucional, según el cual, corresponde a los tribunales federales, conocer de todas las controversias del orden civil y criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad, y de los casos concernientes a miembros del Cuerpo Diplomático y Consular.

Por otra parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, en su artículo 10, fracciones II, inciso a) y III, dispone, respectivamente, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá funcionando en Pleno, del recurso de revisión

contra sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los jueces de distrito o los tribunales colegiados de circuito cuando subsista en el recurso el problema de constitucionalidad de normas generales, si en la demanda de amparo se hubiese impugnado una ley federal, local, del Distrito Federal, o un tratado internacional, por estimarlo directamente violatorio de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y del recurso de revisión contra sentencias que en amparo directo pronuncien los tribunales colegiados de circuito, cuando habiéndose impugnado la inconstitucionalidad de una ley federal, local, del Distrito Federal o de un tratado internacional, en las referidas sentencias se haga o se omita hacer un pronunciamiento al respecto.

Ahora bien, particular mención merece la facultad de la Suprema Corte de Justicia, de conocer y resolver las acciones de inconstitucionalidad que se interpongan en contra de los tratados internacionales, por parte del 33% de la Cámara de Senadores, el Procurador General de la República o la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, según se establece en el artículo 105, fracción II, incisos b), c) y g) de nuestra Carta Magna.

Como vimos, actualmente el Poder Ejecutivo en nuestro país es el que más relevancia tiene en el ámbito de la política internacional, donde sus facultades son amplias. En este contexto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no tiene posibilidades de establecer un control pleno sobre sus actos, pues a la fecha, no conocemos algún precedente en donde la Suprema Corte haya censurado un acto de política exterior del Poder Ejecutivo.

Dicho de otra manera, nuestro máximo tribunal tiene el poder de control represivo o reparador de los tratados internacionales, que se realiza con posterioridad a su entrada en vigor, a través de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad, sobre este punto conviene decir que la Corte ha dictado diferentes criterios jurisprudenciales en ese sentido, pero las facultades que las leyes fundamentales atribuyen a los poderes Ejecutivo y Legislativo, para que puedan ejercerlos dentro del amplio margen de discrecionalidad, no tienen ningún control y es aquí donde es necesario un control

jurisdiccional previo de la constitucionalidad de los actos tanto del Ejecutivo como del Legislativo.

4.2 La incursión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como parte del órgano complejo encargado de la celebración de los tratados internacionales mediante el ejercicio del control previo

En México existen disposiciones en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que asumen un control de constitucionalidad posterior y que reconoce la posible contradicción entre un tratado internacional y la Constitución, estableciendo la facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de declarar la invalidez de los tratados internacionales (artículo 105, fracción II, incisos b), c) y g) de nuestra Constitución), siempre que las resoluciones que declaren la invalidez de una norma con efectos generales, sean aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos de los once posibles, por tanto, es preciso plantearnos la problemática que pudiera surgir de los efectos derivados de una declaración de inconstitucionalidad total o parcial de un tratado, después de que ya ha sido aprobado y forma parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico.

Así las cosas, es lógico y sostenible a partir del anterior planteamiento, preguntarnos si debemos revisar la eficacia del órgano compuesto que actualmente participa en el proceso constitucional que produce la entrada en vigor de los tratados internacionales (Ejecutivo y Cámara de Senadores), en contraste a la posibilidad de incorporar a ese órgano complejo al Poder Judicial Federal, concretamente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como el plantear los momentos de su actuación, que den como resultado introducir una reforma a la Constitución, que por un lado incorpore a este nuevo integrante judicial y determine su competencia material y temporal, sin perjuicio de revisar las actuales facultades y competencias de los citados órganos constituidos, que justifiquen el debido control de la constitucionalidad de un tratado internacional, pues con ello se evitarían no solamente los problemas de inconstitucionalidad de un tratado que

haya sido incorporado con tan grave defecto al orden jurídico mexicano, sino también un problema del orden del Derecho Internacional Público, considerando que la posible declaración de inconstitucionalidad sería discutible, puesto que la nulidad de los efectos de un tratado internacional no puede ser declarado unilateralmente por una de las partes en el mismo; tomando en cuenta que uno de sus elementos de existencia es el acuerdo de voluntades de dos o más sujetos del Derecho Internacional.

Para hacer posible esta propuesta, debería corresponder al Poder Judicial, en este caso a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su carácter material de tribunal de constitucionalidad, asumir las facultades de revisor previo de un tratado, antes de formalizarse por el Ejecutivo y por supuesto de aprobarse por el Senado. Cabe precisar que el tema de esta tesis es la necesidad de un control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales en México, no la creación de un tribunal constitucional en nuestro país, o determinar si la Suprema Corte tiene o no esa naturaleza.

Recordemos que en la mayoría de los países que hemos estudiado anteriormente, que cuentan con un control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, son sus tribunales o cortes constitucionales los que llevan a cabo la función controladora correspondiente. Hagamos un recuento.

En Francia, el artículo 54 de la Constitución indica que el control preventivo podrá ser solicitado al Consejo Constitucional, órgano de naturaleza política que, en palabras de Louis Favoreu y Franck Moderne, ha sufrido una importante evolución en las actividades que desempeña, convirtiéndolo en un auténtico tribunal constitucional; en España, el artículo 95 del código supremo faculta al Tribunal Constitucional para declarar de manera preventiva si existe o no incompatibilidad entre un tratado y la ley fundamental; en Chile el artículo 93 consagra como atribución del Tribunal Constitucional ejercer el control de constitucionalidad de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso; la Constitución de Colombia deposita el control preventivo de la constitucionalidad de los tratados en la Corte Constitucional, según lo dispone el artículo 241, numeral



20; finalmente, la Constitución de Costa Rica señala que corresponde a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia conocer de las consultas sobre proyectos de aprobación de convenios o tratados internacionales, según el contenido del artículo 10, inciso b) del código fundamental.

De todos los casos anteriores se desprende que el órgano de control de la constitucionalidad encargado de verificar la regularidad constitucional de los tratados internacionales, es autónomo e independiente de los otros órganos que participan en su celebración (Ejecutivo y Legislativo), llámese tribunal, corte o sala, todos con el adjetivo “constitucional”.

En México, no contamos aún con un tribunal constitucional formalmente hablando -a diferencia de la mayoría de los países de Europa y América Latina-, al cual se pueda encomendar el control de la constitucionalidad de los tratados internacionales, y aun cuando en la actualidad existen opiniones encontradas en torno a la verdadera naturaleza de la Suprema Corte, (como ejemplo de ello podemos señalar a autores como Jorge Carpizo, Fix-Zamudio, Edgar Corso, Ferrer Mac-Gregor, para quienes la Corte es un tribunal constitucional, y por el otro, a Miguel Covián, Elisur Arteaga Nava, Miguel Carbonell, Brage Camazano, Góngora Pimentel, quienes sostienen que la Corte no es un tribunal constitucional), consideramos que nuestro máximo tribunal no tiene dicho carácter.

No obstante, el tema relativo a si la Suprema Corte es o no un tribunal constitucional es de carácter secundario y únicamente adquiere relevancia en cuanto a la determinación del órgano competente para llevar el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales que proponemos.

Sin perjuicio de lo anterior, proponemos que sea la Suprema Corte de Justicia de la Nación el órgano facultado para verificar de manera preventiva la constitucionalidad de los tratados internacionales que pretenda suscribir el Estado mexicano, hasta en tanto no haya en nuestro país un órgano especializado en materia constitucional.

Considerar la inclusión del Poder Judicial en el procedimiento de celebración de los tratados internacionales en México, concretamente a través de la Suprema

Corte de Justicia de la Nación, permitiría otorgar mayor certeza a los tratados internacionales y a la comunidad internacional, al ser verificados aquellos con anterioridad a la manifestación del consentimiento, y en vía de consecuencia, los integrantes de la segunda tendrían mayor seguridad de que su co-contratante asumiría cabalmente las obligaciones contraídas.

Esta nueva facultad de la Corte en realidad no sería novedosa u originaria en cuanto a su objeto, aunque sí en su temporalidad. Me explico. El control de la constitucionalidad de los tratados internacionales ha sido parte de las facultades de la Suprema Corte desde hace mucho tiempo, no solamente a través del juicio de amparo, sino también por medio de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad, sin embargo, como antes hemos apuntado, este tipo de instrumentos permiten una verificación de la constitucionalidad de los tratados *a posteriori*, o sea, una vez que ya se han suscrito y forman parte del ordenamiento mexicano. Lo que se propone es que sea la misma Corte la que pueda llevar a cabo esa función controladora de los tratados de manera preventiva, esto es, antes de su aprobación y consiguiente ratificación. Es por ello que decimos que no sería una atribución novedosa de la Suprema Corte de Justicia en cuanto a la materia u objeto, sino únicamente en cuanto al tiempo u oportunidad.

Algunos ejemplos de casos en que la Corte se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de instrumentos internacionales, son los siguientes:

- a) El amparo en revisión 822/2003, resuelto el 25 de febrero de 2004, en el cual se hizo valer la inconstitucionalidad del Tratado de Extradición que se celebró entre México y los Estados Unidos, en particular, en relación a los artículos 1, 2, numerales 1, 3, y 4 inciso a), 3, 10, numerales 1, 2, incisos a), b), c), d), e), 3, 5, y 6, inciso a), 13 y 14, numeral 1. El quejoso argumentó que el tratado era inconstitucional porque el Secretario de Relaciones Exteriores había participado en la firma del mismo en ausencia del Presidente de la República; la Corte resolvió que el tratado era válido en

virtud de que fue ratificado personalmente por el Presidente de la República.

- b) La inconstitucionalidad del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en relación a la aplicación de las fracciones arancelarias por ser desproporcional e inequitativo el cobro del impuesto *ad valorem* del 10%.
- c) La inconstitucionalidad por inobservancia del TLCAN en la aplicación de la tabla de desgravación arancelaria de la fracción arancelaria 08081001.
- d) La ilegalidad e inconstitucionalidad del acuerdo relativo al TLCAN en materia agropecuaria.

De encomendarse a la Suprema Corte de Justicia el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales, surge el problema del incremento de labores al que se vería expuesta, lo cual, frente a la urgencia que amerita la emisión de las resoluciones en este tipo de medios de control, podría colocar a nuestra propuesta como un escenario poco viable. Sin embargo, es necesario matizar esos aspectos.

En efecto, el incremento de las competencias de la Suprema Corte, de materializarse el control previo, necesariamente tendría que ir acompañado de una correlativa modificación a su estructura orgánica, particularmente, mediante la creación de una unidad especializada en el seno del máximo tribunal, dependiente del pleno, dedicada exclusivamente a sustanciar el procedimiento de que se trate y a colocar el asunto en estado de resolución, adoptado el proyecto, claro está, por un ministro ponente, como se hace en cualquier otro asunto, pero todo el trabajo previo corresponderá a esa unidad especializada. De esta manera, podría crearse un importante contrapeso a las cargas excesivas de trabajo que pudieran representar para la Corte el conocimiento del control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales.

En consecuencia, lo que se pretende es fortalecer el procedimiento de celebración de los tratados apoyando la función que en ese ámbito llevan a cabo el Ejecutivo Federal y el Senado de la República, mediante la revisión que realice

la Suprema Corte de Justicia de la Nación del texto del tratado, pudiendo declarar o no, la conformidad del texto de que se trate con la Constitución.

No pasa desapercibido, que podría existir la posibilidad de encomendar este tipo de control a la Cámara de Senadores, sin embargo cabe señalar que no existe ningún precepto constitucional o legal que faculte u obligue a la llamada cámara alta a que previa aprobación de un tratado negociado por el Ejecutivo, tenga que analizar la constitucionalidad del mismo, por el contrario, el examen previo que hace el Senado es un control político que puede fundamentarse si bien en razones jurídico-constitucionales (como el caso del Estatuto de Roma), también en aspectos puramente económicos (por ejemplo el TLCAN), sociales, políticos, o de mera oportunidad o conveniencia.

Por otro lado, no es la Cámara de Senadores el órgano competente (constitucionalmente hablando) para realizar el control de constitucionalidad de los tratados internacionales, pues el concepto “aprobación” a que alude el numeral 133 constitucional, tiene connotaciones de equilibrio de poderes, siguiendo la siguiente conjunción de acciones: es el Ejecutivo quien lo celebra, con la aprobación del Senado, para que los jueces de los estados de la Unión se arreglen con los mismos (son de hecho los pesos y contrapesos en el ejercicio de los poderes de gobierno), y el hecho de que excepcionalmente pueda analizar la conformidad de éstos con la Constitución (Estatuto de Roma), no excluye, ni mucho menos sustituye, la atribución de los tribunales federales para conocer y resolver la constitucionalidad de un tratado internacional (hoy represor o reparador).

En consecuencia, la intervención del Senado de ninguna manera hace innecesario un control previo de constitucionalidad por parte del Poder Judicial de la Federación.

4.3 Momento procedimental en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe llevar a cabo el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales

Es importante señalar que el control previo de la constitucionalidad debe llevarse a cabo respecto del texto ya definitivo, lo cual no significa que sea un texto vigente, sino simplemente que pueda considerarse como aquel que tenga las características necesarias para incorporarse a la vida jurídica, evitando someter a análisis meros proyectos o borradores.

Es obvio que el control previo debe llevarse a cabo antes de la aprobación del Senado y desde luego, antes de la ratificación del instrumento correspondiente por parte del Presidente de la República, lo que queremos determinar es el momento dentro del cual un tratado puede ser revisado, a efecto de resolver si es o no contrario a la Constitución y por ende, si puede o no, ser incorporado al ordenamiento mexicano.

Para efectos de lo anterior, es necesario traer a colación el procedimiento que se sigue para la formación de los tratados internacionales, el cual fue explicado en el segundo capítulo de este trabajo.

Como antes señalamos, las etapas en el procedimiento de creación de un tratado internacional están medularmente delineadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y de acuerdo a la normatividad interna de cada país, pueden existir pasos intermedios. Si bien cada autor distingue fases distintas en el procedimiento que nos ocupa (baste recordar las posturas de Max Sorensen, Antonio Remiro Brotons, Manuel Diez de Velasco, Arellano García, Charles Rousseau, José Antonio Pastor, Cesáreo Gutiérrez Espada, los cuales tratamos en el capítulo 2), existe coincidencia en los pasos esenciales.

En su oportunidad señalamos que el procedimiento de formación de los tratados internacionales puede ser dividido en diferentes etapas, según el plano desde el que se observe: el internacional y el interno. Sin embargo, aclaramos que las etapas de formación del tratado se encuentran reguladas en el plano internacional, en tanto que en el plano interno, sólo encontramos requisitos de validez o de eficacia del tratado ya celebrado.

Así las cosas, mencionamos también que en el plano internacional las etapas son las siguientes:

1. Acreditación de la representación estatal.
2. Negociación del tratado internacional.
3. Adopción del texto del tratado internacional.
4. Autenticación del texto del tratado internacional.
5. Manifestación de la voluntad estatal en el sentido de obligarse al tratado internacional.
6. Perfeccionamiento de la manifestación de la voluntad.

Y en el plano doméstico, los requisitos de eficacia o validez del tratado son:

7. La aprobación del tratado internacional por parte de la Cámara de Senadores.
8. El refrendo por parte del secretario del ramo respectivo.
9. La publicación del tratado internacional en el Diario Oficial de la Federación.

En su conjunto, dijimos que el procedimiento para la creación de los tratados internacionales, en el caso concreto de nuestro país, es:

1. Acreditación de la representación estatal.
2. Negociación del tratado internacional.
3. Adopción del texto del tratado internacional.
4. Autenticación del texto del tratado internacional.
5. La aprobación del tratado internacional por parte de la Cámara de Senadores.
6. Manifestación de la voluntad estatal en el sentido de obligarse al tratado internacional.
7. Perfeccionamiento de la manifestación de la voluntad.

8. El refrendo por parte del secretario del ramo respectivo.
9. La publicación del tratado internacional en el Diario Oficial de la Federación.

Así pues, las referidas etapas son reguladas en nuestro país por tres ordenamientos: la Constitución, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Ley Sobre la Celebración de Tratados.

La descripción que hicimos en el capítulo 2, y que de manera sucinta mencionamos aquí nuevamente, tiene relevancia toda vez que, a partir de su estudio, podremos determinar cuál es el momento preciso para verificar la constitucionalidad de los tratados de manera preventiva.

De todos los pasos anteriormente descritos, haremos mención a uno solo de ello, concretamente a la autenticación.

La autenticación del texto del tratado internacional tiene lugar cuando los Estados convienen que el texto del tratado es auténtico y definitivo, esto es, implica una especie de certificación en el sentido de que el texto del tratado internacional es aquel al que están dispuestos a otorgar su consentimiento.

La Convención de Viena dispone en su artículo 10 que la autenticación puede hacerse de dos maneras, (1) mediante aquel que se prescriba en el tratado o el que convengan los Estados que hayan participado en su elaboración, o (2) a falta de tal procedimiento, mediante la firma, la firma "*ad referendum*" o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto. Para recordar estos conceptos remitimos al lector al multicitado capítulo 2.

En este contexto, al ser la autenticación o autentificación el acto por virtud del cual el texto del tratado es fijado en forma definitiva, o sea, aquel que es el producto de la negociación y adopción por parte de los Estados negociantes, es este el momento preciso en el cual el tratado puede ser revisado en cuanto a su constitucionalidad, toda vez que ese documento ya no va a ser modificado por las partes contratantes.

La Corte deberá analizar entonces dos aspectos: la constitucionalidad formal o extrínseca, referente a la observancia de los pasos relativos a la celebración del tratado; y la constitucionalidad material o intrínseca, que es la conformidad del contenido del tratado con la Constitución.

Bajo este esquema, ¿A quién correspondería entonces la legitimación para solicitar la intervención de la Corte?

Según nuestra propuesta, la participación de la Corte si bien no puede ser oficiosa, si deberá ser necesaria en todos los casos. Como la autenticación es el momento idóneo en que puede fiscalizarse la constitucionalidad del tratado, y al ser este acto parte de la negociación del mismo y estar bajo la competencia del Ejecutivo, proponemos que una vez que el jefe de Estado envíe el texto autenticado del tratado a la Cámara de Senadores para su aprobación, este órgano legislativo eleve la consulta a la Suprema Corte para que se realice el análisis respectivo, pudiendo incluso plantear a la Corte preguntas concretas, sin perjuicio de que, como ya hemos hecho notar anteriormente, el estudio de constitucionalidad que ésta realice será de carácter abstracto.

Una vez que el Senado haya solicitado a la Suprema Corte su intervención, ésta tendría que dar vista al Ejecutivo para que realice todas las manifestaciones que a su derecho convenga, pudiendo hacer lo mismo en relación a otras partes interesadas, de haberlas.

La Corte funcionando en Pleno, una vez analizadas las consideraciones que se le hayan hecho llegar, podrá emitir la determinación respecto a la constitucionalidad del tratado, la cual debería hacerse en un término de treinta días.

¿Cuáles serían los efectos de esa decisión? Este punto lo trataremos de explicar en el siguiente apartado.

4.4 Efectos del pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el control previo

Como se explicó en su oportunidad, la naturaleza de la determinación que emita el alto tribunal sería distinta a la de una sentencia, toda vez que no provendría de un proceso contencioso. No obstante, dicha decisión deberá tener fuerza vinculante y carácter de cosa juzgada. Consecuentemente, a pesar de no tratarse de un procedimiento contencioso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación actuaría como el máximo intérprete de la Constitución, de manera que el control previo de la constitucionalidad no figuraría como una mera consulta, sino que se trataría de todo un proceso jurisdiccional con las peculiaridades que se han señalado.

Por ende, si la Suprema Corte llegara a declarar la inconstitucionalidad de un tratado internacional, el efecto inmediato sería que el Estado mexicano no podría externar su consentimiento en obligarse al respectivo instrumento; sin que ello signifique la imposibilidad o prohibición absoluta para celebrarlo, toda vez que mediante la renegociación de las cláusulas irregulares, o mediante la formulación de reservas o declaraciones interpretativas, podría salvarse la inconstitucionalidad existente.

4.5 La derogación de la acción de inconstitucionalidad como vía para impugnar la inconstitucionalidad de los tratados internacionales

Las acciones de inconstitucionalidad fueron instauradas por primera vez en nuestro sistema jurídico a raíz de las reformas constitucionales de 1994, pero tomaron su fuente de inspiración en algunos sistemas europeos en los que para ese año ya tenían una tradición bastante arraigada.¹⁴³

Con estas acciones, se abrió la posibilidad de cuestionar la regularidad constitucional de los tratados internacionales, para que la Suprema Corte, funcionando en Pleno, pudiera declarar su invalidez con efectos generales, siempre que las resoluciones respectivas fueran aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos de los once posibles.

¹⁴³ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, op. cit., p. 232.

Lo anterior significó un reconocimiento tácito, en el sentido de que los tratados internacionales podían contener determinadas disposiciones contrarias a la Constitución. La problemática que pudiera surgir de los efectos de una declaración de inconstitucionalidad total o parcial de un tratado, después de que ya ha sido aprobado y forme parte integrante de nuestro sistema jurídico, es obvia.

El texto actual de la fracción II del artículo 105 de nuestra Ley Fundamental dice:

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. 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;

Podemos observar que son siete los órganos legitimados para poder interponer una acción de inconstitucionalidad, pero en realidad, se pueden reducir a cuatro: 1. Fracciones parlamentarias (federales, estatales y/o del distrito federal); 2. El Procurador General de la República; 3. Partidos políticos (nacionales o estatales) y 4. Las comisiones protectoras de los derechos humanos, tanto nacional como de las entidades federativas.

A pesar de lo anterior, los órganos constituidos que tienen la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de los tratados internacionales, son tres: 1. El 33% de los integrantes de la Cámara de Senadores; 2. El Procurador General de la República, y 3. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, según se aprecia de los incisos b), c) y g) del numeral primero arriba citado.

En consonancia con las anteriores afirmaciones se encuentran los siguientes criterios emitidos por nuestro máximo tribunal:

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 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.¹⁴⁴

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.¹⁴⁵

Pascual Alberto Orozco Garibay explica que tal como se encuentra actualmente estructurada la acción de inconstitucionalidad pueden detectarse múltiples limitaciones para que sea un mecanismo efectivo de control de la constitucionalidad, entre las que señala:¹⁴⁶

- a) Quedan fuera de este medio todas las normas que no sean leyes o tratados internacionales;
- b) El porcentaje del 33% de los integrantes de los órganos legislativos que establece la Constitución, es muy elevado si lo que se busca es darle

¹⁴⁴ Instancia Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Novena Época, tesis: P./J.7/2007, Mayo de 2007.

¹⁴⁵ Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, Novena Época, Tesis: P./J.98/2001, Septiembre de 2001.

¹⁴⁶ Orozco Garibay, Pascual Alberto, *op. cit.*, pp. 71-72.

legitimación a las minorías parlamentarias para impugnar la ley o tratado cuya constitucionalidad se cuestiona y evitar que continúen vigentes disposiciones inconstitucionales;

- c) El plazo de 30 días para ejercitar la acción, contados a partir de la fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación de la ley o tratado, es muy reducido;
- d) El requisito del voto aprobatorio de ocho ministros de la Suprema Corte para que las resoluciones tengan efectos generales, pues al no reunirse dicha votación, la acción es desestimada. Esto ha generado controversia porque implica que aun cuando la mayoría de los ministros voten en el sentido de determinar que una disposición o norma es inconstitucional, si no se reúnen los ocho votos, dicha norma inconstitucional sigue estando vigente.

El procedimiento a seguir se establece en los artículos 64 a 68 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 constitucional, aplicándose supletoriamente algunas disposiciones relativas a las controversias constitucionales. Únicamente interesa destacar, para efectos del presente apartado, la fase de la sentencia, por los efectos generales que puede alcanzar.

Desde luego, para que los efectos referidos tengan cabida, es necesario que la resolución que determine la inconstitucionalidad del tratado sea aprobada por cuando menos ocho votos de los ministros de la Corte, sólo en este 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: “Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos.”.

A raíz de lo anterior, tiene lugar plantearnos una serie de interrogantes: ¿Qué pasaría si a través de una acción de inconstitucionalidad se declarare la inconstitucionalidad de un tratado internacional que ya ha sido incorporado formalmente a nuestro sistema jurídico?, ¿Podría México dejar de aplicar el tratado inconstitucional bajo el argumento de que el mismo es contrario a su

Constitución, aun cuando ello significara dejar de cumplir con los compromisos adquiridos con otros Estados soberanos?, ¿Cuál es la eficacia normativa de las acciones de inconstitucionalidad respecto de los tratados internacionales?, ¿Son las acciones de inconstitucionalidad un instrumento idóneo para impugnar tratados internacionales?.

Para dar respuesta, o por lo menos, acercarnos a la solución de algunas de las interrogantes arriba formuladas, resulta conveniente hacer nuevamente referencia, aunque sea de manera breve, al principio de la supremacía constitucional.

En términos generales, este principio radica en que ninguna norma puede estar por encima de la Constitución, en contra de la misma o ir más allá de lo dispuesto por ella. La Constitución es la norma de la cual toman o adquieren su validez las demás disposiciones. Este fundamento de validez puede ser en dos sentidos, formal y material, formal en cuanto a que las disposiciones secundarias deben ser creadas conforme al procedimiento previsto en la propia Constitución, y material, en cuanto a que su contenido no debe contradecir los imperativos del código supremo.¹⁴⁷

Este principio se ve reflejado en el artículo 133 de nuestra Carta Magna, que dispone:

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.

La Suprema Corte se ha pronunciado en el sentido de que, aunque de la literalidad del texto arriba citado se desprende que la Constitución, las leyes y los

¹⁴⁷ Sobre el concepto de supremacía constitucional Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *La Constitución y su defensa*, op. cit., p. 38; Burgoa Orihuela, Ignacio, op. cit., p. 360, y Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, op. cit., p. 296.

tratados son la *Ley Suprema de la Unión*, la única suprema es la Constitución, por lo que tanto las leyes como los tratados deben ajustarse a su contenido.

De lo anterior podemos concluir que los tratados internacionales carecen de eficacia normativa inmediata, en tanto que para formar parte de nuestro sistema jurídico, necesitan estar de acuerdo a la Constitución, en los términos antes narrados, es decir, formal y materialmente.

La regularidad formal se cumple en este caso, cuando un tratado internacional es creado conforme al procedimiento establecido en la Constitución, es decir, ser celebrado por el Presidente de la República y ratificado por la Cámara de Senadores, lo anterior atento a lo dispuesto por los artículos 76, fracción I, 89, fracción X y el propio 133 antes referidos.

En cuanto al aspecto material, éste se cumple cuando las cláusulas de un tratado internacional no se contraponen a las disposiciones de la Constitución, atento a lo dispuesto por el multicitado numeral 133, cuando dice “...*los tratados que estén de acuerdo con la misma...*”. Sirve de apoyo a lo anterior, la siguiente tesis:

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.¹⁴⁸

¹⁴⁸ 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.

Cuando un compromiso internacional no se ajusta formal y/o materialmente al texto fundamental, es claro que no puede ser parte del sistema jurídico, pues sobre todo debe imperar la supremacía constitucional.

Sin embargo, para que el aludido principio tenga eficacia real, el estudio de la constitucionalidad de un tratado internacional debe realizarse con anterioridad a su internación en el sistema jurídico, de manera que el examen de su constitucionalidad se erija como un requisito de validez del tratado mismo, en otras palabras, el control de los tratados internacionales, deber ser, preferentemente, *a priori* o preventivo.

El problema de las acciones de inconstitucionalidad, es que por su conducto se lleva a cabo un control *a posteriori*, represivo o reparador, en tanto que actúan cuando el acto que se estima atentatorio del orden constitucional ya se ha llevado a cabo, por ende, la finalidad que en el mejor de los casos puede alcanzarse, consiste en reparar la violación que se ha cometido a la Constitución y no prevenir la misma.

Por lo anterior, consideramos que los tratados internacionales únicamente pueden aceptar un control preventivo, dada su propia naturaleza jurídica.

En efecto, los tratados internacionales –como antes lo hemos mencionado-, son un acuerdo de voluntades entre estados (y otros sujetos de derecho internacional), es decir, implican la convergencia de dos o más voluntades, las cuales una vez externadas y definido el objeto del acuerdo, constituyen obligaciones que no pueden ser más que cumplidas y respetadas. El incumplimiento o terminación unilateral de los tratados, son actos prohibidos por el *ius cogens*, que pueden dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado.

En el contexto anterior, si la Suprema Corte en el conocimiento de una acción de inconstitucionalidad en la que se hubiese impugnado un tratado internacional, declarase por mayoría de ocho votos su inconstitucionalidad, los efectos de la resolución serían generales, lo cual significaría que el tratado internacional no podría ser ya aplicado por contravenir el orden constitucional, circunstancia que representaría un incumplimiento del tratado por el Estado

mexicano, y lo que es más, la probable responsabilidad del mismo, circunstancia que sencillamente no puede ser, pues la Suprema Corte de Justicia se estaría arrogando jurisdicción internacional, haciendo extensivos los efectos de sus fallo a otros sujetos de derecho internacional.

En consonancia con lo señalado anteriormente –aunque en el campo del derecho español, en el cual también se presenta la problemática que nos ocupa- Díez de Velasco señala 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...¹⁴⁹

Así también, Torres del Moral manifiesta lo siguiente:

...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.¹⁵⁰

Sobra decir que la única forma en la que un tratado puede ser extinguido o modificado, es a través de los procedimientos expresamente señalados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, o mediante las formas previstas en las cláusulas de cada tratado en particular.

Ahora bien, volviendo a una de las preguntas antes formuladas ¿Son las acciones de inconstitucionalidad un instrumento idóneo para impugnar tratados

¹⁴⁹ Díez de Velasco Vallejo, Manuel, *op. cit.*, p. 227.

¹⁵⁰ Torres del Moral, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional español*, 4ª ed., Madrid, Universidad Complutenses Madrid, 1998, p. 234.

internacionales? La respuesta parece clara si tenemos presente el desarrollo de éste trabajo: No.

En primer lugar, porque las acciones de inconstitucionalidad no fueron concebidas para impugnar la inconstitucionalidad de los tratados internacionales, sino de normas internas, a través de la tutela de los derechos de las minorías parlamentarias. La naturaleza jurídica de los tratados no hace posible que puedan incumplirse o terminarse unilateralmente.

En segundo lugar, porque la Suprema Corte de Justicia de la Nación no puede tener jurisdicción internacional, y en tal virtud, sus fallos no tienen efectos vinculantes respecto de otros Estados o sujetos de derecho internacional.

Una reforma constitucional que desembocara en la derogación de las porciones normativas que permiten a determinados órganos constituidos impugnar vía acción de inconstitucionalidad los tratados internacionales, podría traer las siguientes ventajas:

1. Se respetaría la naturaleza jurídica de las acciones de inconstitucionalidad, tomando en cuenta que las mismas se concibieron para tutelar los derechos de las minorías parlamentarias mediante la impugnación de las normas emitidas por las mayorías de la propia legislatura a la que pertenecen, no para impugnar normas internacionales.¹⁵¹
2. Se evitaría el riesgo de declarar la inconstitucionalidad *a posteriori* de un tratado internacional, con todo lo que ello representa, pues si a través de la acción de inconstitucionalidad se declara la antinomia de un tratado con la

¹⁵¹ Lo anterior no significa que nuestra postura sea conservadora sobre el tema, pues estamos conscientes que las acciones de inconstitucionalidad, como todo el derecho, está en constante cambio y evolución. Así las cosas, somos sabedores que las acciones de inconstitucionalidad actualmente no sólo competen a las minorías parlamentarias para defender sus derechos, pues sirven para defender derechos territoriales, como es el caso de Italia o Alemania, y aún para defender o garantizar los derechos fundamentales de las personas, como acontece en el caso español, en donde se ha conferido legitimación activa al Defensor del Pueblo. Sin embargo, y a pesar de la evolución que han tenido las acciones de inconstitucionalidad en cuanto a los sujetos legitimados, en ningún caso el objeto de las referidas acciones ha cambiado, pues su finalidad es cuestionar la regularidad constitucional de leyes, normas generales para ser más exactos, pero emanadas de órganos legislativos internos.



Constitución, en apego al artículo 133 cimero México tendría que omitir la aplicación del tratado internacional por contravenir a la Ley Suprema, pero por otro lado, tendría que hacer frente a la responsabilidad internacional en que incurriría por incumplir con las obligaciones que adquirió con la celebración del tratado internacional que ha sido objeto de una declaratoria de inconstitucionalidad.

Derivado de lo anterior, no se caería en el absurdo de tener tratados internacionales formalmente válidos ante la comunidad internacional, pero materialmente inaplicables en el ámbito interno.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El control de la constitucionalidad es una disciplina especializada del derecho constitucional, consistente en la verificación que un órgano hace de un acto (*lato sensu*) para ver si se ajusta formal y/o materialmente a las disposiciones constitucionales. Expresiones como defensa de la constitución, justicia constitucional, control constitucional, control de la constitución, derecho procesal constitucional, etcétera, no resultan acertadas para definir la materia en la que se encuentra inmerso nuestro objeto de estudio.

SEGUNDA.- En México, el juicio de amparo y las acciones de inconstitucionalidad, son medios de control a través de los cuales se puede revisar la constitucionalidad de un tratado internacional, en el primero se lleva a cabo un control concreto, en tanto que en el segundo uno de carácter abstracto. Los medios de control de la constitucionalidad existentes hoy en día en nuestro país, son de carácter represivo o reparador, lo que implica, por un lado, que su ejercicio únicamente se puede llevar a cabo una vez que el tratado forma parte integrante del ordenamiento mexicano, y por el otro, que su finalidad consiste en reparar la violación que ya se ha cometido a la ley fundamental.

TERCERA.- El control previo de constitucionalidad implica la verificación formal o material de un acto, antes de su aprobación por parte de los órganos competentes, por tanto, se erige como un requisito de eficacia del acto controlado, en tanto que si de ese control deriva alguna contradicción con la ley suprema, el mismo no podrá nacer a la vida jurídica.

CUARTA.- En México, la jerarquía normativa de los tratados internacionales ha transitado por dos claras etapas; un primer momento en el que se les colocaba en un mismo plano en relación a las leyes ordinarias y un segundo en el que se les daba una jerarquía superior a aquellas, pero en ambos casos, unas y otros

sometidos a la Constitución. Pese a lo anterior, la actividad de las cortes internacionales en materia de derechos humanos, ha dado lugar a una aparente supraconstitucionalidad de los tratados internacionales, esto es, a darles una jerarquía superior a la propia ley fundamental, circunstancia que ha dado lugar a la modificación de preceptos constitucionales a fin de hacerlos compatibles con las disposiciones convencionales, no obstante constituyen una unidad constitucional, pues amplían los valores tutelados en la Carta Suprema, que si bien pudieran no estar positivados en un rigor garantista, constituyen los ejes para expandir por medio de los tratados internacionales su catálogo de derechos humanos protegidos, constituyendo así, un bloque de constitucionalidad, y dan pauta su vez, para que los tribunales nacionales ejerzan un control de convencionalidad *ex officio*.

QUINTA.- El control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales tiene una larga tradición en Europa y en América Latina, países en donde se ha convertido en la vía idónea para verificar la constitucionalidad de este tipo de normas generales. El control previo de la constitucionalidad de los tratados en el derecho comparado, no excluye la posibilidad de ejercer sobre los mismos un control *a posteriori*. En el derecho comparado el control previo se ejerce bajo dos denominadores comunes, el primero, es que se lleva a cabo antes de la aprobación correspondiente por parte del órgano legislativo, y el segundo, es que se encomienda a órganos especializados de control, denominados tribunales, cortes o salas constitucionales.

SEXTA.- El incumplimiento de las disposiciones de una convención internacional o de las resoluciones de un tribunal supranacional, solo pueden encontrar como sanción la responsabilidad internacional del Estado. Ante la imposibilidad de aislamiento frente a los fenómenos de globalización e integración económica, la experiencia mundial permite inclinarse en favor del control previo de los tratados internacionales pues el incumplimiento de los mismos afecta considerablemente la

percepción de seguridad de un Estado frente a otro. La positivización del control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales permitiría ubicarlos dentro del esquema normativo de las fuentes internas, además de coadyuvar en la prevención de posibles contradicciones de éstos con la Constitución, salvaguardando su supremacía y sin soslayar la seguridad jurídica y la posición del Estado en el ámbito internacional. Hemos señalado en la introducción que durante la negociación de los tratados, cuando un Estado cuenta en su sistema con un control previo de constitucionalidad de los acuerdos internacionales frente a otro que no lo posee (como es el caso de México), puede tomar ventajas en la estrategia, para meter en una “cámara de enfriamiento” aquellos asuntos difíciles en las reuniones de consultas y diferirlos sin crear tensión en las relaciones diplomáticas entre los estados negociantes, de tal suerte que nuestro país no puede guardar una asimetría desfavorable, por lo cual se refuerza la necesidad de contar con el control preventivo propuesto.

SÉPTIMA.- En México, el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales debería corresponder a la Suprema Corte de Justicia, hasta en tanto no se instaure un auténtico tribunal constitucional. Lo anterior, aprovechando la dilatada experiencia de nuestro máximo tribunal en la materia. El control previo de la constitucionalidad de los tratados no sería una atribución novedosa para la Corte, en un sentido material, en tanto que desde hace tiempo ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre la regularidad constitucional de los tratados, ya a través del amparo, ya por medio de las acciones de inconstitucionalidad, lo único que sería novedoso sería el momento en que ese control se llevaría a cabo. El momento en el que se debe llevar a cabo el control de la constitucionalidad de los tratados internacionales, es después de la autenticación o autentificación, pues a partir de ahí el texto del tratado está fijado en forma definitiva, y es al que se sujetarán los Estado en caso de su aprobación, evitando someter a análisis meros proyectos o borradores.

OCTAVA.- El control previo de la constitucionalidad no entraña una invasión de la Suprema Corte al ámbito de competencia del Senado, pues la función constitucional de este último es la de aprobar los tratados que estén de acuerdo con la misma celebrados por el Presidente de la República, lo que representa un esquema de contrapeso al Ejecutivo, de índole político y no de control de constitucionalidad. En la costumbre internacional la aprobación legislativa de un tratado ya autenticado representa un mero trámite, ya que una vez hecho esto, se entiende contraídos materialmente los compromisos internacionales. En muchas ocasiones en las actas de las consultas, los plenipotenciarios convienen en poner provisionalmente el contenido de los acuerdos en vigor, generándose derechos que después de ser creados resulta complejo revertir.

NOVENA.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación actuaría como el máximo intérprete de la Constitución, de manera que específicamente dentro del proceso de celebración de tratados, el control previo de la constitucionalidad no figuraría como una mera consulta solamente fundada en Derecho, sino que se trataría de todo un proceso de examen abstracto jurisdiccional no contencioso. La Suprema Corte deberá analizar entonces dos aspectos: la constitucionalidad formal o extrínseca, referente a la observancia de los procedimientos constitucionales relativos a la celebración del tratado; y la constitucionalidad material o intrínseca, que es la conformidad del tratado con la Constitución. En el caso de que la determinación de la Suprema Corte fuera en el sentido de declarar la incompatibilidad formal o material del tratado con la Constitución, aquél no podría ser sometido a la aprobación de la Cámara de Senadores.

DÉCIMA.- Paralelamente a la instauración del control previo de la constitucionalidad de los tratados, deberían derogarse de la fracción II del artículo 105 constitucional, aquellos supuestos que permiten a través de las acciones de inconstitucionalidad un control represivo de los tratados internacionales, en tanto que la finalidad originaria de este medio de control es la protección de las minorías parlamentarias y por tanto, la anulación de las leyes nacionales.



BIBLIOGRAFÍA

Acosta Romero, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo. Primer Curso*, 17ª ed., México, Porrúa, 2004.

Agraz, César Eduardo, *Hacia una nueva legitimación de la acción de inconstitucionalidad*, México, Porrúa, 2005.

Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

Arellano García, Carlos, *Derecho Internacional Público*, 3ª ed., México, Porrúa, 1997.

_____, *Primer curso de Derecho Internacional Público*, 7ª ed., México, Porrúa, 2009.

Baltazar Robles, Germán Eduardo, *Controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad*, México, Ángel Editor, 2002.

Basterra Díaz, Aurora, "El control previo de instrumentos internacionales como proceso constitucional", disponible en Internet <http://www.scjn.gob.mx/SiteCollectionDocuments/PortalSCJN/RecJur/Becarios/pdf/BASTERRA-DIAZ.pdf>

Bazán, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Un análisis de derecho comparado*, México, Porrúa, 2003.

Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 20ª ed., México, Porrúa, 2009.

_____, *El juicio de amparo*, 41ª ed., México, Porrúa, 2006.

Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 8ª ed., México, Porrúa, 2003.

Carrasco González, Gonzalo (coord.), *Pensar los derechos humanos. Prolegómenos para una investigación colectiva*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2000.



Carrillo Flores, Antonio, *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1981.

Castillo De La Torre, Fernando, *El control judicial de los acuerdos internacionales*, Madrid, Dykinson, 2001.

Castillejos Aragón, Mónica, *La Suprema Corte de Justicia de la Nación y el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales*, México, Porrúa, 2005.

Castro y Castro, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, 4ª ed., México, Porrúa, 2001.

_____, *Garantías y Amparo*, 10ª ed., México, Porrúa, 1998.

Cossío Díaz, José Ramón, *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008.

_____ y Pérez de Acha, Luis M. (comps.), *La defensa de la Constitución*, México, Fontamara, 2003.

Covián Andrade, Miguel, *La Suprema Corte y el control de la constitucionalidad. Diez años de fallas e imprecisiones*, México, CEDIPC, 2005.

De Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, 2ª ed., [trad. Luis R. Cuellar], México, Fondo de Cultura Económica, 2009.

Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 17ª ed., Madrid, 2009.

Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo y Administración Pública*, México, Porrúa-UNAM, 2006.

_____, *Poder Legislativo*, México, Porrúa-UNAM, 2003.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, 4º ed., México, Porrúa-UNAM, 2007.

Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2ª ed., México, Porrúa, 1999.

_____, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2005.



_____, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, México, FUNDAP, 2002.

France Toinet, Marie, *El sistema político de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, México, FUNDAP, 2004.

_____ y Fernández Segado, F, (coords.) *La jurisdicción constitucional en iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

Garza García, César Carlos, *La defensa de la Constitución*, México, Lazcano Garza Editores, 1997.

Gil Rendón, Raymundo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, FUNDAP, 2004.

Gómez Pérez, Mara, *La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional*, México, Porrúa, 2003.

Góngora Pimentel, Genaro, *Introducción al estudio del Juicio de Amparo*, 22ª ed., México, Porrúa, 2010.

González Oropeza, Manuel, *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.

Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Controversia sobre controversia. Discusión en torno al alcance de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en controversias constitucionales*, 3ª ed., México, Porrúa, 2004.

Gutiérrez Espada, Cesáreo, *Derecho Internacional Público*, Madrid, Trotta, 1995.

Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista o la nueva Constitución*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano (A-CH)*, 13ª ed., México, Porrúa-UNAM, 1999.

_____ y Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, *Justicia constitucional comparada*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.



Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, [trad. Rolando Tamayo y Salmorán], México, UNAM, 2001.

_____, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2ª ed., [trad. Roberto J. Brie, Madrid], Tecnos, 1999,

Luis Ortiz, Noé, "El sistema mixto de control de la constitucionalidad en México", *Jurisdictio*, México, año 7, núm. 25, 2009.

Martínez Morales, Rafael I., *Derecho Administrativo. Primer Curso*, 2ª ed., México, Harla, 1994.

Nogueira Alcalá, Humberto, "Las competencias de los tribunales constitucionales en América del Sur", *Revista Ius et Praxis*, 2002, volumen 8, número 2.

Noriega, Alfonso, *Lecciones de Amparo*, 3ª ed., México, Porrúa, 1991.

Otero Salas, Filiberto, *Los instrumentos de control político y jurisdiccional en el estado constitucional. Antecedentes, actualidad y perspectivas*, México, Porrúa, 2008.

Pardo Falcón, Javier, El Consejo Constitucional francés. *La jurisdicción constitucional en la quinta República*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

Pastor Ridruejo, José Antonio, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 13ª ed., Madrid, Temis, 2009.

Pereira Menaut, Arturo-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2005.

Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, México, Porrúa, 2005.

Quiroga León, Aníbal (comp.), *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990.

Rabasa, Emilio O., *Las constituciones de Canadá, los Estados Unidos de América y México*, México, Porrúa-UNAM.

Racipe Salazar, Manuel Víctor, *La justicia constitucional en México. Actualidad y perspectivas*, México, IAPEM, 2008.

Remiro Brotons, Antonio, *Derecho Internacional Público*, España, Tecnos, 1987.



Roa Ortiz, Emmanuel, "Tratados Internacionales y Control Previo de Constitucionalidad: una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado Mexicano", en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo [coordinadores], *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional* ['Justicia'] T. I., UNAM, IIJ, México, 2001.

R.V. Denenberg, *Para entender la política de los Estados Unidos de América*, 2ª ed., México, GERNIKA, 1992.

Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, [trad. Manuel Sánchez Sarto], Madrid, Tecnos, 1983.

Schroeder, Richard C., *Perfil del gobierno norteamericano*, México, Servicio Informativo y Cultural de los Estados Unidos, 1990.

Sepúlveda, César, *Derecho Internacional*, 23ª ed., México, Porrúa, 2002.

Séroussi, Roland, *Introducción al derecho inglés y norteamericano*, España, Ariel, 1998.

Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, 23ª ed., México, Porrúa, 2002.

Sorensen, Max, "Manual de Derecho Internacional Público", México, Fondo de Cultura Económica, 1973.

Suárez Camacho, Humberto, *El sistema de control constitucional en México*, 3ª ed., México, Porrúa, 2011.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Elementos de derecho procesal constitucional*, 2ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.

_____, *Estructura y atribuciones de los tribunales y salas constitucionales de iberoamérica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009.

_____, *La jerarquía de los tratados internacionales respecto de la legislación general, federal y local, conforme al artículo 133 constitucional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009.

_____, *La jerarquía normativa de los tratados internacionales en el derecho mexicano*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.



_____, *Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 2º edición, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.

_____, *Manual del Juicio de Amparo*, 2ª ed., México, Themis, 1994.

_____, *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?*, 2ª ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.

_____, *Tribunales constitucionales y democracia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.

Temas de la democracia, Departamento de Estado de Estados Unidos, Abril de 2005, Volumen 10, Numero 2. *La Constitución y su defensa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984.

Torres del Moral, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, 4º edición, Madrid, Universidad Complutenses Madrid, 1998.

Uribe Arzate, Enrique, *El Tribunal Constitucional*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 2002.

Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

Varela Quirós, Luis A., *Las fuentes del derecho internacional público*, Colombia, Temis, 1996.

Villarroel Villarroel, Darío, *Derecho de los tratados en las constituciones de América*, México, Porrúa, 2004.

Watson Richard A., *Democracia americana logros y perspectivas*, México, LIMUSA, 1898.

Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, 2º ed., México, Porrúa-UNAM, 2004.