

# EL CONTROL PREVIO DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES COMO PROCESO CONSTITUCIONAL

AURORA BASTERRA DIAZ <sup>1</sup>

SUMARIO: 1. La supremacía constitucional y su defensa. 2. Tratados internacionales. 3. Jurisdicción constitucional. 4. El control previo. a) En Francia. b) En España. b.1. El control de leyes. b.2. El control de tratados internacionales. c) La situación en México. Conclusiones. Bibliografía.

## 1. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y SU DEFENSA.

La supremacía constitucional es una calidad política de toda Constitución, en cuanto ella es un conjunto de reglas jurídicas que se tiene por fundamentales y esenciales para preservar la forma política del Estado, su sistema de valores y el sistema de fuentes formales del Derecho. La Constitución asegura y garantiza los principios y reglas que determinan la convivencia en dicha sociedad política. Ella determina las normas fundamentales de carácter sustantivo y establece el procedimiento de creación de las demás normas internas del Estado y la forma de incorporar y darle eficacia a las normas provenientes del Derecho Internacional. La supremacía constitucional afirma el carácter normativo de la Carta Fundamental, lo que tiene como consecuencia admitir que las normas inferiores no pueden contradecirla. <sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Director de Investigación Jurídico Documental de la Dirección General del Centro de Documentación, Análisis, Archivos y Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.- México.

<sup>2</sup> Humberto Nogueira Alcalá, proyecto de investigación Fondecyt No., 1030581, año 2003, "Teoría de la jurisdicción constitucional en América del Sur y Chile", p.1.

La supremacía constitucional implica el desarrollo de su garantía jurídica, que es el principio de suprallegalidad y que las constituciones contemporáneas auténticas, salvo excepciones, tienen la vocación de transformar la supremacía en suprallegalidad y la suprallegalidad genera como consecuencia la rigidez constitucional.<sup>3</sup>

En el constitucionalismo moderno un mecanismo para salvaguardar el carácter supremo de la constitución se concreta en el principio de rigidez constitucional, que tiene como objetivo central el de salvaguardar la permanencia de la constitución y su carácter de norma superior, de la que debe derivar el resto del orden jurídico positivo escalonadamente.<sup>4</sup>

Es sabido que la Constitución nace como producto de una decisión de la soberanía popular. Ahora bien, esta decisión no es sólo un acuerdo al que se llega en un momento dado, sino, además, una norma con vocación de permanencia en el tiempo, por lo que establece mecanismos que garanticen su diaria realización.<sup>5</sup>

La defensa de la Constitución se realiza a través de la Justicia Constitucional, concepto que acentúa el carácter predominantemente valórico de estos instrumentos y su preciso sentido jurídico. Utilizar el vocablo justicia constitucional implica señalar que el poder del gobierno está limitado por normas constitucionales y que se ha creado un nuevo tipo de instituciones y procedimientos constitucionales en un intento de limitar y controlar con ellos el poder político.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Aragón Reyes, Manuel, "Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad", Revista de Estudios Políticos No. 50, Madrid, España. 1986.

<sup>4</sup> Covián Andrade, Miguel, "¡El Control de la Constitucionalidad en el Derecho Comparado", Ed. Centro de Estudios de Ingeniería Política Constitucional, México, 2001, p. 21.

<sup>5</sup> Fix Zamudio, Héctor "La Constitución y su Defensa", en Alegre Martínez, Miguel Angel, "Justicia Constitucional y Control Preventivo, Universidad de León, España, 1995, pp. 45.

<sup>6</sup> Capelleti, Mauro ¿Renegar de Montesquieu, la expansión y la legitimidad de la justicia constitucional? Revista Española de Derecho Constitucional No. 17. 1986, Pag.12.13.

En las constituciones como la mexicana o la española, los titulares de los poderes constituidos adquieren el compromiso personal con el Estado de realizar sus funciones dentro del marco constitucional al protestar guardar y hacer guardar la ley fundamental.

En ese orden de ideas los mecanismos de control constitucional, sean correctivos o preventivos, en teoría, no tendrían que entrar en funcionamiento si jamás la constitución fuere vulnerada por actos de autoridad o de gobierno lato sensu y si el poder del Estado se detuviera en sus límites legalmente establecidos. Sin embargo, la conveniencia de su existencia constitucional y su oportuna y puntual aplicación, en caso necesario, se justifican por la necesidad de garantizar la vigencia del Estado de Derecho y la consecución de su núcleo esencial que es la limitación del ejercicio del poder político; así como en casos de irregularidad parcial del orden jurídico.<sup>7</sup>

La supremacía de la Constitución no tendría ninguna aplicación real si no existieran garantías que la efectivicen frente a conflictos constitucionales que se producen al interior de cada sociedad política, la jurisdicción constitucional contribuye a la solución pacífica de los conflictos dentro del campo constitucional.<sup>8</sup>

Los sistemas y mecanismos de control constitucional han respondido a esquemas normativos y estructurales variados y a concepciones teóricas muy diversas. Partiendo de un control político-legislativo a manera del sistema francés; esquemas de control difuso o norteamericano, bajo el modelo establecido por el Juez Marshall, en el caso *Marbury vs Madison*, bien bajo el esquema previsto por Hans Kelsen o modelo austríaco, o aún sistemas mixtos.

Cabe precisar que existen no pocas polémicas respecto al sistema que sea más adecuado y los riesgos que cualquiera de ellos pudiera implicar. En particular el

---

<sup>7</sup> Covián Andrade, Miguel, op.cit., p.25.

<sup>8</sup> Humberto Nogueira Alcalá, op cit., p.11.

sistema que a raíz de la Segunda Guerra Mundial ha ido consolidándose, tanto en Europa como en América, es el sistema de control concentrado o kelseniano, con las variantes propias de cada sistema jurídico político en particular.

En el caso de la justicia constitucional ejercida por Tribunales Constitucionales, sean dentro o fuera del poder judicial, existen autores que, quizás todavía influidos por criterios decimonónicos, han insistido en la falta de legitimidad de los mismos, por tratarse de una función que en otros tiempos estuvo bajo la hegemonía del monarca, bien porque sus miembros no han sido electos popularmente como los miembros del Poder Legislativo, o el riesgo de caer ante un activismo judicial frente a problemas de indudable trascendencia política.

No obstante ello, la prueba dentro de la historia reciente ha demostrado que sólo en estados donde existe un relativo sistema democrático, es donde la justicia constitucional ha prevalecido. A manera de ejemplo podríamos citar el caso del primer Tribunal Constitucional de Austria, durante la breve etapa del primer sistema republicano austríaco y que desaparece por la influencia del partido social cristiano; el caso del Tribunal de Garantías español, que desaparece a raíz de la dictadura franquista; el caso peruano, donde la justicia constitucional desaparece durante el autogolpe de Alberto Fujimori, de donde se desprende que la justicia constitucional, lejos de suponer un elemento de freno o un riesgo para la democracia, si funciona correctamente, deviene en un elemento dinamizador de la democracia, pues permite una interpretación de la constitución capaz de adaptarla al paso del tiempo, sirviendo además para la consolidación de la constitución y juridificación de la política.<sup>9</sup>

Así podemos clasificar a países cuya constitución previene la existencia de un Tribunal Constitucional (cualquiera que sea la denominación adoptada para el mismo, y el que además tengan encomendadas otras funciones), o bien aquellos

---

<sup>9</sup> Alegre Martínez, Miguel Ángel, op. cit., p.65.

en cuya constitución no se prevé la creación de un tribunal específico, pero sí se confía el control de la constitución al más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria, y por último, aquellos cuya constitución no prevé la existencia de un Tribunal Constitucional, ni confían a un tribunal supremo la función del control, pero que a pesar de ese silencio se deja sentir la necesidad de un control constitucional, que se lleva bien sea a manera de control difuso o bien por un parlamento.<sup>10</sup>

La finalidad principal o última de la justicia constitucional es el control constitucional, que a través de una disposición del ordenamiento jurídico se van eliminando del mismo aquellas normas contrarias a la norma fundamental, a través de una triple tarea: crear orden en el amplio espacio de las cuestiones jurídico-constitucionales; fortalecer las bases de nuestra existencia política, fortaleciendo al Estado de Derecho y la dignidad de la persona humana y, a través de ello, luchar por el imperio de los derechos y los bienes, al tomar como motivación expresa de sus decisiones los más altos valores.

## **2. TRATADOS INTERNACIONALES.**

Dentro de un marco de globalización en el que estamos inmersos, los Estados no pueden hacer frente desde el aislamiento a problemas cuyos efectos sobrepasan los límites de las fronteras; los problemas mundiales requieren muchas veces soluciones a nivel internacional, como el caso de cambio climático y su repercusión en los recursos naturales del planeta, el terrorismo internacional o el crimen organizado; asimismo la necesidad de su participación en los resultados obtenidos como consecuencia del progreso científico y tecnológico, entre otras cuestiones.

---

<sup>10</sup> Alegre Martínez, Miguel Ángel, op. cit., p. 74.

El fenómeno de la globalización parece influir, entonces, no solo en las estructuras políticas estatales actuales, sino, incluso el significado que ha de darse a las propias relaciones interestatales.

Los tratados tienen su origen en la voluntad soberana del pueblo expresada en la Constitución y precisamente en ella residen los fundamentos de los Estados para la suscripción o adhesión a tratados internacionales, mediante los cuales los Estados se autolimitan y después no pueden desconocer esas obligaciones, por lo que es comprensible que al Estado, dentro de su interior, le toque elegir los medios para satisfacer sus obligaciones.<sup>11</sup>

En materia de tratados el Derecho Internacional complementa el principio fundamental de *pacta sunt servanda* con la disposición del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, que claramente establece que un Estado no puede invocar los preceptos de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado; aunque el artículo 46 de la misma Convención deja abierta la puerta para proteger normas internas de importancia fundamental., que en cierta manera implica la supremacía de la Constitución en este caso.<sup>12</sup>

La práctica internacional reconoce dos tipos de recepción del Derecho Internacional:

a) recepción automática, en virtud de la cual el tratado, desde que es internacionalmente obligatorio, forma parte del ordenamiento interno.

b) Modelo de recepción mediata, según la cual un tratado, aún validamente celebrado, no forma parte del ordenamiento interno, en tanto en cuanto no haya

---

<sup>11</sup> Becerra Ramírez Manuel, "Jerarquía de los Tratados Internacionales" en Cuestiones Constitucionales, Número 3, Julio-diciembre 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, pp. 170-171.

<sup>12</sup> Idem, Becerra Ramírez, p.171.

sido objeto de conversión en Derecho Interno; convenios que se efectúan a través de un acto normativo interno por el órgano constitucionalmente competente.<sup>13</sup>

En la doctrina se ha sostenido que en virtud del principio de la soberanía de los Estados, cada uno de ellos tiene la facultad de determinar el tipo de normas internas de recepción de la normatividad internacional.

En la Constitución Española, respecto a la posición jerárquicamente superior de los tratados sobre las leyes puede argumentarse la fuerza de que éstos gozan respecto de las mismas leyes de acuerdo con el artículo 96.1 "Los tratados no pueden ser derogados, modificados o suspendidos por las leyes, sino solo en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional".<sup>14</sup>

Pero el tratado puede ser controlado previamente a su ratificación por lo que todavía no despliega sus efectos, no pertenece aun al sistema jurídico, y por lo tanto no es preciso hablar de jerarquía; aunque no hay que olvidar que también es posible un control sucesivo de tratados con efectos *erga omnes*.

En el caso de organizaciones supranacionales (como el caso de la Comunidad Europea) sí entra en juego el principio de competencia en el sentido de que en las materias transferidas, la Constitución efectúa una cesión de su carácter supremo, y es el derecho emanado de la organización el que debe considerarse prevalente<sup>15</sup>, con base a ello el Tribunal de Justicia Comunitaria ha venido afirmando la primacía del Derecho Comunitario sobre el derecho interno en materia de competencia comunitaria.

Por su parte la Constitución Mexicana en su artículo 15 precisa:

---

<sup>13</sup> Navas Castillo Antonia, Florentina Navas Castillo "Derecho Constitucional. Estado Constitucional" Colección Manuales, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2005, p. 162.

<sup>14</sup> Alegre Martínez, Miguel Ángel, op. cit., p.136.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 138

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

Y terminantemente determina la supremacía constitucional por encima de leyes y tratados al establecer en el 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".

Esta disposición de la Constitución Mexicana se corrobora con el criterio del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que señala:

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

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión... serán la Ley Suprema de toda la Unión ... parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente

indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema... No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades...”<sup>16</sup>

En tanto la Constitución Española, en el artículo 96.1 precisa "Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno", por lo que en España la recepción automática de los tratados, en cuanto que para su recepción no es necesaria una norma interna, sino que produce efectos desde su publicación; además los tratados ratificados por España en materia de derechos fundamentales desempeñan una importante función interpretativa en términos del artículo 10.2 de la Constitución.<sup>17</sup>

Por su parte, en México, el artículo 4º., de la Ley sobre Celebración de Tratados precisa en su segundo párrafo:

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

---

<sup>16</sup> Amparo en revisión 1475/98.

<sup>17</sup> Alegre Martínez, Miguel Ángel, op. cit., p. 136.

De donde se desprende que la jerarquía alcanzada por los tratados internacionales ha reforzado la creación jurisprudencial de cortes o tribunales supranacionales, que en última instancia interpretan y aplican las disposiciones de ciertos convenios o tratados y cuyas resoluciones son vinculantes para los Estados que los hayan firmado.<sup>18</sup>

### **3. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL**

La defensa de la Constitución se concreta a través de un conjunto de instrumentos e instrumentos jurídicos y procesales establecidos por la norma suprema para mantener a los organismos y agentes del Estado dentro de las competencias trazadas por la norma suprema, así como el respeto de los derechos fundamentales, con el objeto de prevenir y en su caso reprimir su incumplimiento, restableciendo la fuerza normativa y supremacía de la Constitución.

La justicia constitucional acentúa el carácter predominantemente valórico de este instrumento y su preciso contenido jurídico, por lo que la jurisdicción constitucional es aquella función del Estado consistente en tutelar y realizar el Derecho objetivo diciendo (y/o haciendo) lo jurídico ante casos concretos a través de órganos especialmente cualificados para ello. En igual sentido se habla de "función jurisdiccional" y de "administración de justicia".<sup>19</sup>

Cabe precisar que el vocablo justicia constitucional se ha venido utilizando para expresar dos ideas fundamentales:

a) En sentido amplio, se emplea para referirse a la función, sea desempeñada por un juez ordinario, órgano legislativo, órgano especializado u otro que confronta

---

<sup>18</sup> Ferrer Mac Gregor, Eduardo "Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica", Colección Derecho, Administración y Política No. 8, Fundap, México, 2002, pp. 122-129.

<sup>19</sup> Alegre Martínez, Miguel Ángel, op. cit., p. 111.

una norma jurídica con la Constitución para determinar su adecuación o no con la misma y con ello resolver sobre su inaplicabilidad, su anulación o anulabilidad.

b) En sentido estricto, la justicia constitucional (o jurisdicción constitucional) alude a la actividad desarrollada por tribunales o jueces con competencia en materia constitucional, que actúa como tercero imparcial, confrontando la norma jurídica o acto con la Constitución para determinar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, mediante acciones y recursos previstos por la norma fundamental.<sup>20</sup>

La supremacía constitucional no tendría ninguna aplicación real si no existieran garantías que la efectivicen frente a los conflictos constitucionales que se producen al interior de cada sociedad política. La jurisdicción constitucional contribuye a la resolución pacífica de los conflictos dentro del marco constitucional. Esta garantía está dada por la existencia de diversos sistemas de control de constitucionalidad. La instauración de un sistema de jurisdicción constitucional y su eficacia frente a órganos estatales y a particulares determinan la fuerza normativa de la Constitución, lo que es una de las columnas básicas del estado constitucional contemporáneo.<sup>21</sup>

Existirá así jurisdicción constitucional cuando existan tribunales que ejercen la potestad para conocer y resolver, mediante un procedimiento preestablecido y con efecto de cosa juzgada, los conflictos constitucionales que se promueven dentro del estado respecto de las materias o actos que la constitución determine, garantizando la fuerza normativa de la constitución, con independencia de si es o no un órgano especializado en la materia.<sup>22</sup>

Los Tribunales Constitucionales son auténticos tribunales: en cuanto a la función que ejercen es jurisdiccional y actúa de acuerdo con los principios ordenadores de

---

<sup>20</sup> Humberto Nogueira Alcalá, op cit., p.13.

<sup>21</sup> Ibidem, p.6.

<sup>22</sup> Idem.

la jurisdicción, decidiendo conforme a Derecho, en el marco de un procedimiento jurisdiccional.<sup>23</sup>

Los presupuestos o requisitos de un conflicto constitucional, en términos generales, consisten en 1) la existencia de una constitución formal, 2) la acción u omisión de un órgano estatal (congreso, gobierno, tribunales) y 3) que el resultado de dicha acción u omisión provoque el efecto de vulnerar la constitución.

La clasificación del control constitucional según el momento en que se realice, se clasifica en control preventivo o a priori y control represivo, reparador o a posteriori (aunque pueden darse sistemas mixtos).

a) El control preventivo o a priori es el que se realiza antes de que la norma forme parte del ordenamiento jurídico y tenga carácter obligatorio.

b) El control represivo, reparador o a posteriori, es aquél que se concreta cuando las normas ya forman parte del ordenamiento jurídico y tienen carácter vinculante.

c) Los controles de carácter mixto, son aquellos que combinan en distintas proporciones los controles preventivos y represivos.<sup>24</sup>

De acuerdo con la modalidad en que se expresa el control, puede desarrollarse a través de un control abstracto o un control concreto.

a) El control abstracto opera cuando se analiza la compatibilidad lógica entre dos normas: por un lado la constitución y por el otro la norma impugnada dentro de un caso concreto, quien promueve la acción no está vinculado por ninguna relación jurídica en que intervenga la norma supuestamente inconstitucional, por lo cual el control preventivo siempre será abstracto.

---

<sup>23</sup> Alegre Martínez, Miguel Ángel, op. cit., p. 108.

<sup>24</sup> Humberto Nogueira Alcalá, op cit., p.15.

b) El control de carácter concreto se produce cuando quien promueve la acción o excepción tiene como antecedente un caso judicial determinado, debiendo tomarse en consideración las circunstancias particulares del mismo.<sup>25</sup>

Por lo que se refiere a los efectos que produce, éstas pueden ser vinculantes o no:

a) Si los efectos son vinculantes la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos decisorios.

b) Si no son vinculantes, pues se trata de meras recomendaciones.

Si la resolución tiene efectos vinculantes, éstos pueden ser con efectos relativos o bien *erga omnes*.

a) Serán relativos o con efectos *inter partes*, si la norma cuestionada continúa vigente y solo surte efectos en el caso particular.

b) Si el fallo tiene efectos *erga omnes*, otorga una mayor seguridad jurídica y eficacia propias de un auténtico sistema de control de la constitucionalidad.

Por lo que se refiere a los efectos de los fallos, éstos pueden ser *ex tunc* o *ex nunc*.

a) Los efectos *ex tunc* son aquellos que producen efectos hacia el pasado.

b) Los efectos *ex nunc* generalmente producen efectos desde el momento del fallo, hacia el futuro.

---

<sup>25</sup> Ibidem, p.15-16.

## 4. EL CONTROL PREVIO

### a) En Francia

El control previo surge en Francia en 1799, como un sistema de control político, en el que el Senado Constitucional asume funciones de tutela y preservación constitucional, bajo la inspiración del político y jurista *Sieyès*, cuya atribución principal consistía en controlar el orden constitucional, procurando que todos los poderes del Estado se sometieran a sus disposiciones y con la facultad de anular cualquier acto que implicase violación constitucional.<sup>26</sup>

Cuestión que vuelve a ser retomada por la Constitución de 1852 en que el Senado asume funciones de tutela y preservación constitucional ejercidas a instancias del gobierno y de los ciudadanos, consistentes en examinar las leyes antes de que entraran en vigor, con el fin de constatar y adolecían del vicio de inconstitucionalidad. Ninguna ley podía promulgarse sin la venia del Senado.<sup>27</sup>

Cabe precisar que el control político de las leyes en Francia se ha debido a razones históricas, ideológicas y prácticas, al decir de *Cappelletti* dentro de las primeras por la desconfianza hacia los jueces, motivada por las interferencias de éstos en la esfera de actuaciones de otros poderes con anterioridad a la Revolución; por lo que se refiere a las segundas, particularmente por la ideología europea de legitimar al Legislativo como órgano representativo de la voluntad popular y respecto a las terceras, se relacionan con el hecho de que las instituciones jurídicas tienden necesariamente a adecuarse a las múltiples exigencias de la vida práctica, a veces con cierto desfase de excesivo anticipo o de cierto retraso respecto de tales exigencias.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Alegre Martínez, Miguel Ángel, op. cit., pp. 171-172

<sup>27</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, op. cit. pp. 74-77

<sup>28</sup> Cappelletti, Mauro, Il controllo giuridiziano di costituzionalità delle legge nel diritto comparato, citado por Alegre Martínez, Miguel Ángel, op. cit., pp. 169-170

En la actual constitución francesa vigente desde 1958 surge el Consejo Constitucional con facultades, entre otras de mantener la supremacía de la ley fundamental frente a ordenamientos secundarios, que son susceptibles de examinarse *antes* de su promulgación para determinar si se oponen o no a la constitución y en caso afirmativo la ley ordinaria no puede entrar en vigor; dicha atribución no se despliega en interés de los ciudadanos, sino en el de los poderes públicos, para mantener entre ellos la separación de funciones establecidas en la Constitución, este sistema opera además de otros controles, como el de *exceso de poder* contra actos administrativos ilegales, a cargo del Consejo de Estado y el *recurso de casación*, del que conoce la Corte de Casación, con la finalidad de anular los fallos definitivos civiles o penales por errores *in iudicando* e *in procedendo*.<sup>29</sup>

Las normas sometidas a control siempre son con carácter preventivo y nunca bajo el sistema represivo, sucesivo o a posteriori, a través del Consejo Constitucional, y pueden ser con carácter obligatorio o facultativo; es obligatorio el control preventivo para las leyes orgánicas y reglamentos de las asambleas parlamentarias, así como de sus modificaciones o reformas; los tratados y acuerdos internacionales, así como las leyes son de control facultativo; los sujetos legitimados para solicitar la revisión por el Consejo son: el Presidente de la República, el Primer Ministro o el Presidente de cualquiera de las Asambleas, 60 diputados o 60 senadores (minorías parlamentarias -artículo 61 Const.).

Pero no están sujetos a control las leyes preconstitucionales, las leyes anteriores a 1974 (antes de que se atribuyera a las minorías parlamentarias la facultad de impugnar), las leyes aprobadas por referéndum, las leyes constitucionales y las leyes promulgadas.

El Consejo Constitucional francés ha evolucionado del modelo kelseniano, de ser un "legislador negativo" para convertirse en un órgano que participa en la dirección

---

<sup>29</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio, op. cit., pp.77-78

política del Estado, mediante dos técnicas: la *conformité sous réserve* y el *control a doble détente*:

1) En la *conformité sous réserve*, que ha sido utilizada con carácter general, aunque con distintas denominaciones por las jurisdicciones contemporáneas europeas (p.e. interpretación conforme); en este caso, en vez de declarar la conformidad o no de una norma general, se adopta una solución intermedia, considerándolas conformes con ciertas cautelas; esta técnica admite cuatro variantes:

a) Considerar a la norma conforme a la Constitución, a condición de que no sea interpretada de una determinada manera, de acuerdo con la cual sí sería inconstitucional;

b) Completar la ley, realizándose una labor de integración, en casos en que el legislador haya omitido un extremo fundamental para su constitucionalidad;

c) Establecer en la decisión directivas dirigidas a los operadores políticos, indicando la manera en que la ley deberá ser aplicada para que pueda ser considerada constitucional; y

d) Neutralizar la ley, o sea no la declara inconstitucional, pero la priva de efectos jurídicos.

2. *Controle a double détente*, que consiste en incluir junto a la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, una serie de indicaciones sobre cómo debe ser modificada o completada la norma para que pueda ser conforme a la constitución y declarada como tal en una segunda discusión (previa reelaboración por el legislador).<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Alegre Martínez , Miguel Ángel, op. cit, pp. 196-197

Lo que implica que una ley una vez promulgada goza de una presunción *iure et de iure* de constitucionalidad en todos sus aspectos y no podrá ser objeto de una demanda de deslegalización, y de las resoluciones del Consejo ha surgido una amplia doctrina jurisprudencial que ha venido afirmando el principio de constitucionalidad de derechos fundamentales, entre otras cuestiones.

## **b. En España:**

### b.1. Control de leyes

Una de las características fundamentales del modelo de justicia concentrado español, consiste en la reserva realizada a favor del Tribunal Constitucional de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley.<sup>31</sup>

El control constitucional de las normas con fuerza de ley es el instrumento de fiscalización jurídica de los poderes públicos que cierra el Estado de Derecho; con el que se trata de asegurar la supremacía constitucional, haciendo prevalecer a ésta sobre las normas aprobadas por el poder legislativo.

La supremacía constitucional despliega esos efectos aun respecto de normas preconstitucionales<sup>32</sup> como se desprende de la STC 4/81 que afirma: que así como frente a las leyes preconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la constitución en relación a las preconstitucionales los jueces y tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la constitución, al oponerse a la misma; o pueden en caso de duda someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.

---

<sup>31</sup> Pérez Tremps, Pablo, "El Tribunal Constitucional. Procedimientos", en "Derecho Constitucional, Vol. II. Los Poderes del Estado. La organización territorial del Estado. Ed. Tirant Lo Blanch, 6ª. Edición, Valencia, España, 2003, p. 256.

<sup>32</sup> Como se desprende de la STC 4/81 (caso de Ley de Bases de Régimen Local)

El origen de la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley puede venir determinada tanto por motivos formales como materiales, en el primer caso, dependiendo de un marco de prevenciones tanto constitucionales como legales y aun reglamentarias de cada cámara.

Ahora bien en el enjuiciamiento de normas el Tribunal Constitucional también alude a tratados y convenios internacionales, como es el caso de derechos fundamentales, con base en la prescripción del artículo 10.2 para la interpretación de todas las normas debe acudir a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tratados y acuerdos internacionales de la materia ratificados por España.

Por otro lado, para el examen de la constitucionalidad de las leyes exige acudir también al reporte de competencia entre el Estado español y las Comunidades autónomas y demás legislación que configure el bloque de constitucionalidad en materia de reparto competencial.

Cabe precisar al efecto que en España, en el caso de la jerarquía normativa, la norma superior, en caso de conflicto, prevalece sobre la inferior, así como la posterior respecto a la anterior, una ley orgánica será salvaguardada respecto a una ley ordinaria.

El control previo solo puede ser aplicado a instrumentos internacionales, en tanto el control sucesivo opera para leyes y para tratados.

#### b.2. El control previo de tratados internacionales en el sistema Español

En el supremo ordenamiento español de 1978 se previó tanto el control previo como el sucesivo, pero en base a la proposición de Ley Orgánica de derogación del Capítulo II del Título VI de la Ley Orgánica 4/1985, en España las leyes solo podrán ser objeto de análisis a posteriori, en tanto los instrumentos internacionales

pueden, en principio, ser objeto de ambos tipos de controles, de manera previa y sucesiva.

El control previo de la constitucionalidad de tratados se desprende del artículo 95 de la Norma Suprema española que dispone: "1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la constitución exigirá la previa revisión constitucional, 2. El gobierno o cualquiera de las cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción", ello sin perjuicio de su control constitucional a posteriori.

Al control previo en España se le define como "Aquella modalidad de control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad, que tiene carácter declarativo y abstracto, y que se ejerce por parte de los Tribunales Constitucionales cuando les es sometido por vía de acción o por estar previsto en el ordenamiento con carácter preceptivo, un texto normativo, con anterioridad a su entrada en vigor".<sup>33</sup>

Tradicionalmente se ha venido asociando por la doctrina constitucional el control de la constitucional de carácter jurisdiccional a un control sucesivo o a posteriori; en tanto que el control previo parecía corresponder en mayor medida al control de tipo político, que encuentra en la experiencia constitucional francesa su mejor exponente.<sup>34</sup>

Sin embargo, lo cierto es que si con carácter general puede afirmarse que la declaración de inconstitucionalidad de una norma dotada de efectos generales es un hecho poco grato, hay ocasiones en que la declaración tiene unos efectos particularmente traumáticos y entre estos últimos, hay que incluir ciertamente la hipotética declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que se haya comprometido el Estado a nivel internacional, esto es, tratados y convenios internacionales.

---

<sup>33</sup> Alegre Martínez, Miguel Ángel, op. cit., p. 101

Tesis que desde un plano más dogmático, es igualmente defendida, sobre la base de que la validez de un tratado en la medida en que éste se inserta en un sistema normativo autónomo, no puede fundamentarse en la Constitución y difícilmente puede ser objeto de control por el Tribunal Constitucional una vez que aquél se ha incorporado al ordenamiento, lo que lleva a concluir "Si en alguna ocasión resultan necesarios los controles jurisdiccionales previos, ésta es una de ellas".<sup>35</sup>

Seguramente este tipo de consideraciones fueron las que llevaron al constituyente de 1978 a incluir en la Constitución el artículo 98, que quiebra el modelo general de control constitucional represivo y establece la posibilidad del control previo de tratados internacionales a instancias del Gobierno o de cualquiera de las Cámaras, siguiendo una práctica jurisprudencial no pacífica del Tribunal Constitucional Alemán (a su vez inspirado en la Constitución Francesa).<sup>36</sup>

El artículo 93 de la norma constitucional española dispone que solo "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, corresponde a las Cortes Generales o al gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emergidas de los organismos internacionales o supranacionales, titulares de la cesión".

La duda sobre la constitucionalidad de un tratado se plantea ante alguno de los sujetos legitimados, cuyo objeto es que dicho ordenamiento no entre en vigor y por ello no sea sujeto de aplicación. Se trata de un control abstracto no solo por el hecho de ser previo, sino por razón de la propia actividad del control por parte del Tribunal Constitucional y del resultado del mismo, donde la nulidad de un ordenamiento no se produce porque el Tribunal lo establezca, sino porque existe un vicio de inconstitucionalidad que el Tribunal declara, pone de manifiesto y por

---

<sup>34</sup> Aragón Reyes, Manuel, "Temas Básicos de Derecho Constitucional", Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, España, 2001, p. 64

<sup>35</sup> Requejo, J.L. "Sistemas Normativos, Constitución y Ordenamientos", citado por Manuel Aragón Reyes, op. cit., pp. 64-65

<sup>36</sup> Aragón Reyes, Manuel, op. cit., p.65

ello es declarativo. La actividad del Tribunal va dirigida a impedir que la norma inconstitucional (y por ello nula) pueda ser aplicada.<sup>37</sup>

Cabe precisar que el control previo como el represivo o reparador de los tratados no son dos funciones distintas, con naturaleza y carácter diferenciados, sino dos modos diferentes de llevar a cabo el control de constitucionalidad, con sus ventajas e inconvenientes.

Respecto a los efectos del control previo y *a posteriori* de los tratados, tienen el mismo carácter vinculante, solo que la tradición positiva de esos efectos presenta peculiaridades en razón de su carácter internacional, porque la declaración de inconstitucionalidad no afecta al texto del tratado, ni conlleva su desaparición; ni siquiera supone propiamente hablando, la declaración de nulidad; solo afecta su vigencia respecto del ordenamiento a cuya constitución se opone el texto del tratado.<sup>38</sup>

El Tribunal puede examinar la adecuación del precepto impugnado del Tratado respecto de toda la Constitución, los efectos de la cosa juzgada que caracterizan a la declaración vienen a impedir que en control sucesivo vuelva a plantearse respecto del mismo precepto que motivó el control preventivo.

En el caso del control sucesivo el Estado habrá de hacer frente a su responsabilidad internacional, pudiendo crearse situaciones complejas y delicadas que pueden evitarse merced al control previo. Los poderes públicos habrán de proceder a la renegociación, denuncia o suspensión del tratado por los procedimientos establecidos en el propio tratado o en las normas de Derecho Internacional.

---

<sup>37</sup> Alegre Martínez, Miguel ángel, op. cit., p. 102

<sup>38</sup> Ibidem, p. 140

El texto del tratado no podrá entrar en vigor hasta que no desaparezca la incompatibilidad con la Constitución, sea mediante renegociación del tratado, o la posible introducción de reservas al mismo o mediante la reforma a la Constitución.

En España el caso de los tratados internacionales, el control es facultativo a requerimiento del Gobierno o de cualquiera de ambas Cámaras, en términos del artículo 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para que declare que un instrumento internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, caso en que la autorización para ratificarlo o aprobarlo no podrá tener lugar sino después de la reforma constitucional.

Es jurisdiccional y no consultivo por tratarse de una declaración y no de un dictamen ante la exposición de una duda razonable (por ser facultativo) y cuya decisión es vinculante, aun careciendo de naturaleza contenciosa; el planteamiento y resolución no son *ex officio*, sino a solicitud del Gobierno o de una u otra de ambas cámaras, su resolución siempre está vinculada al principio constitucional de congruencia, y surte efectos de cosa juzgada de su "declaración" que en esencia se trata de una sentencia en su forma (antecedentes, fundamentos jurídicos, razonamientos jurídicos, decisión y efectos vinculatorios *erga omnes*).<sup>39</sup>

Por otra parte el Tribunal actúa en este caso dentro de los límites constitucionales y legales sin que se considere su función como cuasi legislativa, toda vez que el Tribunal no indica que determinado artículo deba ser reformado, ni siquiera señala que se deba proceder obligatoriamente a la reforma de la Constitución, solo declara que existe contradicción entre ese artículo con de la Constitución, y que la consecuencia lógica sea la reforma constitución, pero sin obligar a la reforma.

Respecto a los efectos de la resolución son, en cuanto a su aplicabilidad en el Estado, para que el Estado pueda obligarse por el texto del tratado, es la Constitución la que debe ser reformada (a diferencia de la declaración de

---

<sup>39</sup> Ibidem, pp.251-252

inconstitucionalidad en el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad que llevan consigo la desaparición del ordenamiento de la norma contraria a la Constitución, o sea la nulidad de la misma.<sup>40</sup>

Cabe precisar que las convenciones internacionales pueden ser objeto de control previo como a posteriori por el recurso de inconstitucionalidad o por cuestión de inconstitucionalidad, previa constatación del instrumento internacional con la Constitución, en los términos previstos en el artículo 95 y 78.1 LOTOC y al respecto en 1992 el Tribunal Constitucional ha declarado su competencia en el examen de toda la Constitución, pero solo para comprobar la adecuación a la misma de las disposiciones del tratado previstas en el petitum del requirente.<sup>41</sup>

Con anterioridad a la supresión del Recurso Previo de Inconstitucionalidad de Leyes por Ley Orgánica 4/1985 esta no era la única vía para promover el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales. Toda vez que los tratados que en términos del artículo 93 requieran para su celebración autorización mediante ley orgánica, podían ser objeto de control previo de constitucionalidad de su propia ley orgánica.<sup>42</sup>

Respecto a la fecha de su celebración solo podrán ser sujetos de control previo los tratados celebrados con posterioridad a la fecha en que el Tribunal Constitucional empezó a ejercer sus competencias, sin poder aplicar el criterio relativo a leyes preconstitucionales, en base a lo dispuesto en el artículo 96.1 relativo a que la derogación, modificación o suspensión deberá sujetarse a normas de Derecho Internacional, caso en que podrá interponerse a posteriori la cuestión de inconstitucionalidad, con efectos de la necesaria puesta en marcha de mecanismos de derogación, modificación, suspensión o denuncia previstos en el tratado; aquí se enlaza el problema de coexistencia de control previo y control sucesivo de los tratados internacionales, en términos del artículo 95 de la

---

<sup>40</sup> Ibidem, p. 253

<sup>41</sup> Ibidem, p.243

<sup>42</sup> Ibidem, p.244

Constitución y 78 de la LOTC; y el recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad, lo que implica que ambas vías pueden emplearse indistinta y/o sucesivamente al no haber previsión normativa que lo impida.<sup>43</sup>

Sin embargo el control sucesivo de los tratados reviste una especial problemática a la vista de las obligaciones internacionales que en términos del artículo 96 constitucional la declaración de inconstitucionalidad supondría acudir a las cláusulas propias del tratado o en su defecto a las normas generales de Derecho internacional para proceder a su derogación, modificación o supresión.<sup>44</sup>

Por lo que es de carácter facultativo como se desprende de los artículos 95 constitucional y 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, lo que implica la conveniencia que exista control a posteriori, para evitar la aplicación de un tratado que contenga estipulaciones contrarias a la constitución.<sup>45</sup>

Además no debe pasar inadvertido que tanto en las leyes como los tratados puede darse el caso de inconstitucionalidad sobrevenida, como sería el caso de una reforma constitucional, que no podrá ser declarada *erga omnes*.<sup>46</sup>

Cabe precisar que en razón del escaso número de sujetos legitimados para promover el control previo de tratados, se reduce la posibilidad de su utilización.<sup>47</sup>

Por las anteriores dificultades y problemática política del control sucesivo de tratados, implican que éste debe ser evitado, siempre que ello sea posible, revelándose el control previo como el mecanismo más adecuado para la fiscalización de la constitucionalidad de los tratados internacionales.

---

<sup>43</sup> Ibidem, pp. 244-245

<sup>44</sup> Ibidem, p.245

<sup>45</sup> Idem

<sup>46</sup> Ibidem, p. 246

<sup>47</sup> Idem

La sentencia del Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad de un tratado a posteriori solo implica su inaplicabilidad en el ordenamiento español y que habrá de materializarse en términos de los mecanismos previstos en el tratado para su derogación o modificación.

En el caso del ingreso de España a la Comunidad Europea se presentó la problemática de reformar o no a la Constitución de 1978, como caso previo a la ratificación del tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht en 1992, en particular en lo relativo al sufragio de los ciudadanos de los países comunitarios en las elecciones municipales al constituir una "ciudadanía de la Unión" diferenciada de los estados miembros y supraordinada a los mismos. Al precisar que "todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional, tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado...", frente al artículo 13.2 de la Constitución Española, previo a su reforma que solo atribuía a los extranjeros el derecho a ser elector en las elecciones municipales, quedando excluidos para ellos el sufragio pasivo.

Ante lo cual el Tribunal Constitucional apreció la contradicción y la necesidad de adecuarlo a la normativa internacional, por la vía de reforma constitucional prevista en el artículo 167, siendo el primer caso de control previo de la constitucionalidad de tratados internacionales resuelto por el Tribunal Constitucional, garantizando de esa manera la supremacía constitucional, y reforzando al control previo como un procedimiento jurisdiccional de control de la Constitucionalidad y en defensa de la misma.

Así el Tribunal Constitucional en la resolución relativa al caso del sufragio pasivo de extranjeros señaló que mediante la vía prevista en el artículo 95.2, la norma fundamental atribuye al Tribunal Constitucional la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional. De este modo la

Constitución ve garantizada, a través del procedimiento previsto en el Título X, su primacía, adquiriendo también el tratado, en la parte del mismo que fue objeto de examen, estabilidad jurídica plena, por el carácter vinculante de la declaración del Tribunal (art. 78.2 de la LOTC), como corresponde al sentido de este examen preventivo.

Aunque aquella supremacía quede en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar o cuestionar la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno, es evidente la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada; el riesgo de una perturbación de este género es lo que la previsión constitucional intenta evitar.

Por lo que el control previo encuentra justificación al pretender evitar las consecuencias que podría acarrear el control sucesivo para la estabilidad de nuestros compromisos internacionales; lo que se busca es que no haya necesidad de llegar a ejercer el control sucesivo sobre tratados internacionales; no obstante esta vía sucesiva, cuya utilización no es deseable, subsiste en el ordenamiento como un medio para asegurar la supremacía constitucional.<sup>48</sup>

El Tribunal ha sustentado que la Constitución, por su generalidad, es de aplicación a todo tipo de tratados, incluidos los previstos en el artículo 93 al afirmar que "el tenor literal y el sentido mismo del artículo 95.1 aplicable a todo tipo de tratados, excluyen con claridad el que mediante cualquiera de ellos puedan llegar a ser contradichas o excepcionadas las reglas constitucionales que limitan, justamente, el ejercicio de todas las competencias que la Constitución confiere, alguna de las cuales pueden ser cedidas, *quod exercitum*, en virtud de lo dispuesto en su artículo 93. Los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales o supranacionales que al ejercer *ad intra* sus atribuciones, y no otra cosa ha querido preservar el

---

<sup>48</sup> Ibidem, p. 255

artículo 95, precepto cuya función de garantía no debe resultar contrariada o disminuida por lo convenido en el artículo 93 de la norma fundamental."<sup>49</sup>

### **c. La situación en México**

En el caso de México el Presidente de la República tiene las funciones de Jefe de Estado y de Gobierno, y que en términos del artículo 89 constitucional dirige las relaciones internacionales y en correlación le corresponde celebrar tratados que deben ser ratificados por el Senado, bajo el criterio de mayoría simple, como se precisó anteriormente, el artículo 15 de nuestra Carta Fundamental prohíbe la celebración de tratados de extradición de reos políticos, o de aquéllos que hayan tenido la condición de esclavos, o que vulneren las garantías previstas en nuestra constitución, asimismo existen disposiciones en materia de superficie marítima y espacial, que hacen un reenvío al derecho internacional, por lo que con excepción de ello en términos constitucionales las normas de derecho internacional no son válidas per se.

México ha celebrado tratados internacionales desde el inicio de su vida como nación independiente y éstos han desempeñado siempre un papel importante en las relaciones del país con el extranjero; sin embargo su aplicación como derecho interno era limitada, pues nadie parecía darle importancia, a pesar de que según el artículo 133 eran ley suprema de la Unión. Los requisitos formales de aprobación y publicación eran cumplidos aleatoriamente y a veces pasaban años antes de que un tratado fuera debidamente publicado en el Diario Oficial de la Federación.<sup>50</sup>

Lo anterior puede explicarse, entre otras razones, porque siendo México una economía cerrada, su sistema jurídico era también cerrado y las relaciones jurídicas se establecían fundamentalmente entre los agentes internos y los

---

<sup>49</sup> Idem

<sup>50</sup> López-Ayllón, Sergio, "Jerarquía de los tratados internacionales", Cuestiones Constitucionales, Número 3, Julio-Diciembre 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, p. 198

intercambios con el exterior eran limitados y la necesidad de aplicar normas internacionales relativamente pequeña.<sup>51</sup>

Las nuevas condiciones, tanto internacionales como internas han modificado la situación y los instrumentos internacionales han comenzado a regular materias que tienen impacto directo en el derecho nacional (p.e. comercio, medio ambiente, derechos humanos). Además, ciertos agentes externos tienen interés directo en el cumplimiento de obligaciones internacionales suscritas por México, lo que da origen a un mayor escrutinio y quizá presión para lograr tal fin, dando cada vez mayor peso a los tratados internacionales y diluyendo las fronteras tradicionales entre lo interno y lo externo.; de esta forma los nuevos tratados y la importancia creciente del derecho internacional han venido incidiendo en el derecho interno.<sup>52</sup> Lo anterior se puede verificar por el incremento significativo en el número de casos con elementos internacionales en que los tribunales federales han debido pronunciarse.

Cabe precisar que hay estipulaciones contenidas en los instrumentos internacionales que pueden ser aplicadas de inmediato, en tanto otras requieren de un procedimiento legislativo posterior; esto aunado a que la Constitución no establece un sistema de fuentes que revele la jerarquía interna de la normatividad en México, ello ha dado lugar a la interpretación para armonizarla con la nacional, para definir su aplicación al caso concreto; lo que lleva al problema de la eficacia real de las normas de derecho internacional al interior del sistema jurídico mexicano y a dificultades reales de aplicación de los instrumentos internacionales.<sup>53</sup>

Un ejemplo de esta situación se demuestra con el problema de la jerarquía en que tanto la doctrina como la jurisprudencia se orientó a darle una jerarquía similar a los tratados internacionales que a las leyes federales y el reciente criterio del

---

<sup>51</sup> Idem

<sup>52</sup> Idem

Pleno les da a los tratados una jerarquía inferior a la Constitución, pero superior a las leyes federales, que independientemente de las críticas que se le hubieran podido hacer, se orienta hacia un criterio ahora mayoritario respecto a la jerarquía normativa internacional.

Además de ello, existen problemas como el de la competencia del Senado para la celebración de tratados en materias reservadas a las entidades federativas; el caso de la práctica viciosa de celebrar un sinnúmero de acuerdos internacionales, que son a veces verdaderos tratados, que producen efectos jurídicos regidos por el Derecho internacional y que en ocasiones no son aprobados por el Senado, ello aunado al artículo 27 de la Convención de Viena donde se prevé que no se puede invocar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de tratados internacionales, bajo el principio de *pacta sunt servanda*, problemática que se manifestaría al momento de su ejecución, caso en el que la nulidad no podrá ser invocada porque habría sido convalidada por el consentimiento o aquiescencia del Estado.<sup>54</sup>

Por otra parte, si el tratado tiene la jerarquía que se le ha asignado y llegare a estar en desacuerdo con la Constitución y se llegara a aplicar en perjuicio de un particular, procedería el juicio de amparo, como en el caso de cualquier acto que viole una garantía individual; sea en la vía directa contra el primer acto de aplicación o por la vía directa, contra la resolución definitiva que haya aplicado el tratado contrario a nuestra Carta Magna. En este caso, por sus efectos relativos sólo produciría el efecto de desaplicar la norma internacional en el caso concreto.

También podría proceder la controversia constitucional contra un instrumento internacional prevista en la fracción I del Artículo 105, por ser un acto (*lato sensu*) inconstitucional; o bien la acción de inconstitucionalidad, ejercitable por el 33% de los integrantes del Senado o por el Procurador General de la República, cuyo

---

<sup>54</sup> Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, "La interpretación constitucional de los tratados internacionales. El caso de México", Interpretación Constitucional, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Coordinador, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 1042

efecto sería la inaplicabilidad de la norma jurídica *pro futuro*, o sea esa norma dejaría de aplicarse en México, pero continuaría la vigencia del instrumento internacional.

Todo ello sin descartar problemas de inconstitucionalidad o ilegalidad sobrevenida con posterioridad a la vigencia de los instrumentos internacionales, caso en que se discute si estamos hablando de jerarquía o de ámbitos de aplicación.

Otro aspecto a destacarse es la disposición del artículo 133 de nuestra norma máxima que dispone "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", redacción que viene desde la Constitución de 1857 con inspiración de la Constitución americana, lo que ha dado lugar a interpretaciones en el sentido de que tal declaración puede ser llevada a cabo por integrantes de los poderes judiciales locales; sin embargo la jurisprudencia de la Suprema Corte ha sostenido que únicamente los órganos del Poder Judicial de la Federación son competentes para realizar el examen de la constitucionalidad de la ley.<sup>55</sup>

A partir de las reformas a la Constitución en 1988 se ha venido dando un avance histórico para transformar a la Suprema Corte en un Tribunal Constitucional, y en particular a partir de la reforma al artículo 105 de nuestra Carta Magna en 1994, el tradicional juicio de amparo ha dejado de ser el monopolio de la defensa de la Constitución, al introducirse la acción abstracta de inconstitucionalidad de normas generales, teniendo como paradigma el sistema europeo y se amplían los supuestos de las controversias constitucionales, otorgando a la Suprema Corte la facultad exclusiva para conocer de esos procesos jurisdiccionales y la posibilidad

---

<sup>54</sup> Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, 16ª. Ed., Tomo V, Edit. Porrúa-UNAM, México, 2002, p.129

<sup>55</sup> Ibidem, p.131

de declarar la inconstitucionalidad de normas con efectos generales para el futuro.<sup>56</sup>

Por lo anterior, se debe tener mucho cuidado en la celebración de instrumentos internacionales, siendo además conveniente que el Senado ratificara bajo criterio de mayoría calificada y en caso de duda al menos el Presidente de la República, o bien un 33% de los integrantes del Senado pudieran acudir a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que emita una resolución antes de contraer compromisos internacionales.

## **CONCLUSIONES:**

PRIMERA: El Control previo de tratados debe ir unido a plazos de decisión breves, debido al efecto suspensivo de la entrada en vigor, pero la excesiva sumariedad puede ir, en el caso de normas complejas, como son los instrumentos internacionales en detrimento de la calidad del control.

SEGUNDA: El control previo podría producir sobrecarga de los Tribunales Constitucionales, pero evitaría a futuro serios problemas políticos, la solución sería una mejor organización y dotación de dichos Tribunales y una adecuada regulación.

TERCERA: El permitir que un tratado internacional entre en vigor sin haber sido controlado previamente no deja de ser una "mera cortesía" hacia el instrumento internacional, por el que habrá de pagar un alto precio si el instrumento resulta inconstitucional; hay que sopesar ventajas e inconvenientes y optar por la solución más ventajosa.

---

<sup>56</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México", Derecho Procesal Constitucional, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Coordinador", Editorial Porrúa, México, 2002, pp.129-130

CUARTA: Respecto a la difícil delimitación entre jurisdicción constitucional y decisión política, se concluye que la legitimidad de la justicia constitucional se encuentra en la esencia del Estado de Derecho y el sometimiento del poder político al Derecho.

QUINTA: En materia de legislación el control previo y el control sucesivo no son dos sistemas distintos de controlar la constitucionalidad de leyes, no desempeñan dos funciones distintas, no responden a finalidades y objetivos distintos, sino que son dos modalidades de llevar a cabo una misma función.

SEXTA: El control previo logrará la depuración a priori, evitando que la ley inconstitucional entre en vigor y devenga en obligatoria y aplicable; el control sucesivo cumple su función mediante la eliminación de una norma jurídica hasta entonces vigente.

SÉPTIMA: Desde un punto de vista funcional, a pesar de las peculiaridades que presente el sistema francés, el Consejo Constitucional es equiparable a los Tribunales Constitucionales y responde al modelo europeo de justicia constitucional, con excepción del requisito de cualificación jurídica de sus miembros.

OCTAVA: En materia de control constitucional de tratados internacionales el modelo europeo del Consejo Constitucional francés se ha manifestado en el acceso de las minorías parlamentarias al Consejo para promover el control previo de tratados internacionales; pero sin que a la fecha se haya introducido el control a posteriori.

NOVENA: Desde el primer caso de control constitucional de instrumentos internacionales se da en España se ha afirmado el carácter jurisdiccional del Tribunal Constitucional, la plena equiparabilidad de sus resoluciones a las sentencias y la constatación de que este control es posible a todo tipo de tratados

y su contraste respecto a toda la Constitución, pero limitada a los preceptos impugnados.

DÉCIMA: En la Constitución Española de 1978 se optó por el modelo de control concentrado, tanto previo como sucesivo de constitucionalidad de leyes y tratados. El control previo de leyes fue suprimido en 1985. El balance negativo en España del control previo de leyes orgánicas se debió más bien a cuestiones políticas, a las características del control mismo y a la tardanza del Tribunal Constitucional en emanar sus decisiones, pero sin que ello nos lleve a descartar la figura del control previo como tal.

DÉCIMA PRIMERA: En lo que respecta al sistema de recepción del derecho internacional, y concretamente de los tratados internacionales, quizás lo más pertinente hubiera sido hacer una reforma constitucional del artículo 133, en lugar de mantener el antiguo sistema que ha mostrado lagunas considerables. Aunque la interpretación de este artículo por la Suprema Corte de Justicia de la Nación es un buen signo, muestra que la Corte puede abordar todo tipo de controversias.

DÉCIMA SEGUNDA: Ante la problemática que presentan los instrumentos internacionales en la actualidad, no nada más los jueces federales y locales, sino también los practicantes, deberán de tener mucho cuidado en conocer el derecho internacional y las resoluciones en el ámbito internacional donde el Estado sea parte.

DÉCIMA TERCERA: El criterio de la Corte de considerar a los tratados internacionales como jerárquicamente superiores a las normas federales, aumenta la importancia de los tratados como elementos jurídicos internos.

DÉCIMA CUARTA: Ante la corriente predominante a favor de la jerarquía de los instrumentos internacionales se debe de tener mucho cuidado en la revisión de los tratados internacionales. Creo que a estas alturas del desarrollo político de México

no es suficiente que el Senado ratifique los tratados internacionales, sino que además exista la posibilidad de su revisión previa a cargo de nuestro Máximo Tribunal, así lo exige la necesidad de un mayor cuidado en la celebración de compromisos internacionales.

## **BIBLIOGRAFIA**

1. ARAGÓN REYES, MANUEL, "Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad", Revista de Estudios Políticos No. 50, Madrid, España. 1986.
2. ARAGÓN REYES, MANUEL, "Temas Básicos de Derecho Constitucional", Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, España, 2001.
3. GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, ALONSO, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, 16ª. Ed., Tomo V, Edit. Porrúa-UNAM, México, 2002.
4. HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, proyecto de investigación Fondecyt No., 1030581, "Teoría de la jurisdicción constitucional en América del Sur y Chile", año 2003,
5. BECERRA RAMÍREZ MANUEL, "Jerarquía de los Tratados Internacionales" en Cuestiones Constitucionales, Número 3, Julio-diciembre 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.
6. CAPELLETI, MAURO, ¿Renegar de Montesquieu, la expansión y la legitimidad de la justicia constitucional? Revista Española de Derecho Constitucional No. 17. 1986.

7. COVIÁN ANDRADE, MIGUEL, "El Control de la Constitucionalidad en el Derecho Comparado", Ed. Centro de Estudios de Ingeniería Política Constitucional, México, 2001.
8. FERRER MAC GREGOR, Eduardo "Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica", Colección Derecho, Administración y Política No. 8, Fundap, México, 2002.
9. FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, "La Constitución y su Defensa", en Alegre Martínez, Miguel Angel, "Justicia Constitucional y Control Preventivo, Universidad de León, España, 1995.
10. LÓPEZ-AYLLÓN, SERGIO, "Jerarquía de los tratados internacionales", Cuestiones Constitucionales, Número 3, Julio-Diciembre 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.
11. NAVAS CASTILLO ANTONIA, FLORENTINA NAVAS CASTILLO "Derecho Constitucional. Estado Constitucional" Colección Manuales, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2005.
12. PÉREZ TREMPES, PABLO, "El Tribunal Constitucional. Procedimientos", en "Derecho Constitucional, Vol. II. Los Poderes del Estado. La organización territorial del Estado. Ed. Tirant Lo Blanch, 6ª. Edición, Valencia, España, 2003.
13. SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, OLGA, "La interpretación constitucional de los tratados internacionales. El caso de México", Interpretación Constitucional, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Coordinador, Editorial Porrúa, México, 2005.